Über die Verkehrsstraßen und ihre Rechtslage.

(Unter Ausschluß des Anliegerrechts.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

William Heinrich
Gerichtsreferendar a. D.

Druck von Robert Noske, Borna-Leipzig
Großbetrieb für Dissertationsdruck
1914.

Referent: Geh. Justizrat Professor Dr. Matthiaß.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553615_0040

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung.

Sprachlicher Begriff der Verkehrsstraße . . . 1

Erster Teil.

Die öffentlichen Sachen unter besonderer Berücksichtigung der Verkehrsstraße 9

1. Die res publicae im römischen Recht 11
2. Das Eigentum an öffentlichen Sachen.
   a) Hoheitsrecht oder ähnliches? 14
   b) Privatrechtliches Eigentum? 20
3. Das gemeine Recht 25
4. Das preuß. allgem. Landrecht 27
5. Unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches . . . 31

Zweiter Teil.

Welches sind die entscheidenden Merkmale für die Öffentlichkeit einer Straße?

1. Ist es von Bedeutung, ob der Staat oder eine Privatperson Eigentum an der Straße hat? 37
2. Ist der freie Verkehr auf der Straße wesentliches Merkmal für deren Öffentlichkeit? 41
3. Ist die Herrschaft über den Verkehr ausschlaggebend für die Öffentlichkeit der Straße? 45

Seite

Dritter Teil.

Der Gemeingebrauch an den öffentlichen Sachen, insbesondere an der Verkehrsstraße 49

1. Allgemeine begriffliche Bemerkungen über den Gemeingebrauch 51
2. Rechtliche Natur des Gemeingebranchs; ist er:
   a) ein Privatrecht? 54
   b) eine Vermischung von öffentichen und privaten Rechtssätzen? 63
   c) ein öffentliches Recht? 69
3. Das preuß. allgem. Landrecht 76
4. Das Bürgerliche Gesetzbuch 79

Literaturverzeichnis.

Anschütz im Verwaltungsarchiv. Bd. 5, 1897, Heft 1. u. 2.

Arend, Pandekten.

Behring, Die Rechte der Anlieger an einer Straße im Sinne des Gesetzes v. 2. 7. 1875. 1908.

Behring, Die Rechte an öffentlichen Wegen. 1894.

Biermann, Die öffentlichen Sachen. 1905.

Bekker, Pandekten. Bd. 1. Weimar 1886.

Bolze, Der Begriff der juristischen Person. Stuttgart 1879.

Brinz, Pandekten. Bd. 1. 3. Aufl. 1884.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. Bd. 1. 4. Aufl.

Dernburg, Bürgerliches Recht. Bd. 3. 2. Aufl. 1901.

Dernburg, System des römischen Rechts. Bd. 1. 8. Aufl. 1911.

Dernburg, Rechtsgutachten über den zwischen den Kantonen Basel-Land und Basel-Stadt obwaltenden Streit bezüglich der Festungswerke der Stadt Basel. Halle 1862.

Eisele, Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu nach römischem Recht. 1878.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2 u. 3. 8. und 9. Aufl.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 3. Aufl.

v. Eschstruth, Der öffentliche Weg. 1902.

Germershausen, Das Wegerecht und die Wegeverwaltung in Preußen. Bd. 1. 3. Aufl. 1907.

Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung. Berlin 1887.

Gierke, Das deutsche Privatrecht. Bd. 2. 1905.

Glück, Pandekten. Bd. 2.

Hahn, Die materielle Übereinstimmung der römischen und germanischen Rechtsprinzipien. Jena 1856.

Heyne, Deutsches Wörterbuch. 2. Aufl. 1905.

Hirsekorn, Die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch. Diss. Berlin 1879.

Jellinek, System der subjektiv-öffentlichen Rechte. 2. Aufl. 1905.

v. Jhering, Jahrbücher für die Dogmatik. Bd. 10.

v. Jhering, Geist des römischen Rechts. Bd. 3. 4. Aufl.

v. Jhering, Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt. Leipzig 1862.

v. Jhering, Der Zweck im Recht. Bd. 1. 3. Aufl.

v. Jhering, Erwiderung auf das von H. Dernburg usw. abgestattete Rechtsgutachten. Basel 1862.

v. Keller, Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel und deren gegenwärtige Rechtsverhältnisse betreffend. Langenthal 1861.

Kluge, Etymologisches Wörterbuch. 7. Aufl. 1910.

Koch, Kommentar zum allgemeinen Landrecht. 4. Aufl. 1872.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2.

v. Kutzschenbach, Genießen die Anlieger an einer öffentlichen zum Bebauen fertiggestellten Straße Schutz unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches gegen Veränderungen oder Einziehung bezw. Verlegung der Straße? Diss. Leipzig 1908.

Leidig, Preußisches Stadtrecht. 1891.

Levy, Zur Geschichte und heutigen Berechtigung des Begriffes: öffentliche Sachen im Gemeingebrauch. Diss. Greifswald 1910.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Berlin 1900.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. 2. 1895, 1896.

Mühlenbruch, Pandekten.

Motive zum Einführungsgesetz des Bürgerlichen Gesetzbuchs und zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. Leipzig 1888.

Oertel, Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der preußischen Monarchie. 1905.

Oertmann, Bayrisches Landes-Privatrecht.

Planck, Kommentar zum Einführungsgesetz des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1903.

Polag, Das Recht der Anlieger an den öffentlichen Straßen. Diss. Jena 1902.

Puchta, Pandekten.

Regelsberger, Pandekten. Bd. 1. Leipzig 1893.

Rodatis, Gemeingebrauch am öffentlichen Weg einschließlich öffentlicher Waldung. Diss. Greifswald 1908.

Rosenfeld, Das Wesen des Rechts auf Gemeingebrauch an öffentlichen Flüssen und Wegen. Diss. Rostock 1899.

v. Sarwey, Öffentliches Recht und Verwaltungsrechtspflege. Tübingen 1880.

Simon und **v. Strampf,** Rechtssprüche der preußischen Gerichtshöfe. Bd. 4: Entscheidungen des preußischen Obertribunals S. 287 ff.

Schäfer, Das Wesen des Rechts auf Gemeingebrauch öffentlicher Sachen nach gemeinem Recht und preußischem Landrecht. Diss. Greifswald 1898.

Schultz, Zum preußischen Wegerecht. 1893.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd. 1. Berlin 1885.

Ubbelohde in Glücks Pandekten Serie der Bücher 43 u. 44, 4. Teil.

Wappäus, Zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen. 1867.

Windscheid, Pandekten. Bd. 1. 8. Aufl.

Kipp bei Windscheid. Bd. 1.

Wächter, Pandekten. Bd. 1.

Deutsche Juristenzeitung 1898.
Entscheidung des preußischen Obertribunals Bd. 20.
Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts Bd. 2, 5, 10, 12, 18, 20, 24, 27, 29, 32, 37, 43.
Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 3, 6, 7, 9, 22, 24, 40, 42, 48, 53.
Gruchots Beiträge Bd. 24, 27, 39, 45, 46.
Juristische Wochenschrift 1903 u. 1908.
Seufferts Archiv Bd. 37, 44, 55.
Striethorsts Archiv Bd. 95.
Preußisches Verwaltungsblatt Bd. 9, 10, 11, 22.
Wegeordnung für die Provinz Sachsen v. 11. 7. 1891.
Wegeordnung für die Provinz Westpreußen v. 27. 9. 1905.
Wegeordnung für die Provinz Posen v. 15. 7. 1907.

Einleitung.

Sprachlicher Begriff der Verkehrsstraße.

Über die Verkehrsstraßen und ihre Rechtslage zu handeln, soll die Aufgabe der nachfolgenden Ausführungen sein, und zwar, wie dem Thema in der Parenthese hinzugefügt, mit der Einschränkung, daß dabei das Recht der Anlieger keine Berücksichtigung finden werde. Warum das unterlassen wurde, davon später bei der Besprechung des Gemeingebrauchs. Wenn wir aber an die Spitze unserer Betrachtungen den sprachlichen Begriff der Verkehrsstraße gestellt haben, so schien er uns als die breiteste Grundlage nicht nur unerläßlich, sondern auch besonders geeignet, zu zeigen, welche Entwicklung der Begriff „Verkehrsstraße" genommen und welchen Einfluß die Rechtswissenschaft auf ihn gewonnen hat.

Die Bezeichnung „Weg" für einen bestimmten Teil der Erdoberfläche ist ihrem Ursprunge nach ein gemeingermanisches zu „wägen, bewegen" gehöriges Wort, man begreift darunter ganz allgemein diejenige Strecke, die einer zieht und auf der gezogen wird; in diesem Sinne entspricht sie dem römischen iter und actus. Der Ausdruck „Straße" verdankt dagegen seinen Ursprung der äußeren Beschaffenheit einer bestimmten Strecke,

er geht zurück auf die spätlateinische Bildung strata sc. via,[1]) darunter verstand man im Gegensatz zum iter und actus einen breiten, gepflasterten Weg und dachte dabei schon in Rom an die großen öffentlichen, mit Steinen belegten Wege, die sich ursprünglich durch den Stadtbezirk, dann aber auch durch das Land von einer Stadtgemeinde zur anderen zogen. Im deutschen Recht findet sich die Bezeichnung „Straße“ meist im Gegensatz zur „Gasse“ gebraucht. Mit dieser bezeichnet man den Weg, der zwischen etwas hindurchführt, zufrühest gedacht als Durchweg jeder Art zwischen den zusammenhängenden Grundstücken einer Dorf- oder Stadtgenossenschaft. Der Gegensatz „Straße“ fand nur auf den landesherrlichen Weg, die sogen. „Königs- oder Reichsstraße“, durch einen Ort Anwendung. Das Wort „Gasse“ hat sich in seiner ursprünglichen Bedeutung noch heute auf dem Dorfe erhalten. Dagegen hat die „Gasse“ in der Stadt die Bedeutung der älteren und engeren, die „Straße“ die der neueren und weiteren Straßenanlage.[2]) Der Begriff der „Straße“ ist also im wesentlichen ein tatsächlicher, die Umstände des einzelnen Falles entscheiden.[3]) Daraus erhellt, daß — wie es auch der Sprachgebrauch, ohne seine Bedeutung zu hoch bewerten zu wollen, lehrt — in sprachlich — begrifflicher Hinsicht ein Unterschied zwischen „Weg und Straße“ sich

[1]) Kluge.

[2]) Heine.

[3]) Leidig S. 377.

nicht machen läßt. Demgemäß hat auch die juristische Literatur dieser Erwägung Rechnung getragen und in der übereinstimmenden Anwendung beider Wörter grundsätzlich keine Abweichung gezeigt, so gebraucht Behring[1]) beide Ausdrücke sprachlich in demselben Sinne, wenn er sagt: „An sich gehört die städtische ‚Straße' zu den öffentlichen ‚Wegen'". Leidig[2]) spricht davon, daß eine besondere Stellung unter den öffentlichen „Wegen" im Stadtbezirk die „Straßen" einnehmen. Noch deutlicher vielleicht läßt Oertel die Einheitlichkeit der Sprache an der Stelle erkennen, wo er von dem privatrechtlichen Eigentum der Stadtgemeinde an den öffentlichen „Straßen und Wegen" handelt und ausführt, daß das Eigentum in seinen rechtlichen Wirkungen so lange und so weit zurücktrete, als die „Straße" ihrer prinzipalen Bestimmung . . . usw. zu dienen habe.[3])

Auch das allgem. Landrecht[4]) kennt keinen Unterschied, wenn es bestimmt: „Wege", die von einer Grenze des Landes . . . usw. führen, werden „Land-" oder „Heerstraßen" genannt. So zeigt sich schon in diesen wenigen Beispielen, deren Kreis sich leicht erweitern ließe, sprachlich die völlige Gleichbehandlung der Bezeichnung „Weg" und „Straße"; daß dabei teils von städtischen Straßen, teils von Land- oder Heerstraßen gesprochen

---

[1]) Behring, Anlieger S. 3.

[2]) Leidig S. 377.

[3]) Oertel S. 191.

[4]) ALR. II, 15 § 1.

wird, kann natürlich in sprachlicher Hinsicht für die Wörter „Weg“ und „Straße“ schlechthin keine besondere Bedeutung weiter haben. Wenn man ferner berücksichtigt, daß die äußere Beschaffenheit — die künstliche Befestigung — einer Strecke für die Abgrenzung des Begriffes Verkehrsstraße nicht ausschlaggebend sein kann, so ergibt sich, daß eine solche Begriffsbestimmung beides umfassen muß, einmal das, was die Verkehrsanschauung schlechthin mit „Weg“, sodann das, was sie gemeinhin als „Straße“ bezeichnet. Man würde sich mit dieser Feststellung hier zunächst begnügen können, müßte nicht der Unterschied auffallen, den das Reichsgericht in zwei für seine Auffassung grundlegenden Erkenntnissen über die beiden größten Arten der Verkehrsstraßen, die Orts- und Landstraßen, feststellt. Das Reichsgericht knüpft in beiden Fällen an die Zweckbestimmung an und stellt zunächst als zum Zweck und Wesen einer städtischen Straße gehörig fest, daß die angrenzenden Grundstücke mit Häusern besetzt sein müßten oder würden und daß deshalb auch die Straße für die daran gebauten Häuser als notwendiges Kommunikationsmittel diene.[1]) Man fragt sich vergeblich, warum das Reichsgericht das Hauptgewicht auf die Bebauung der anliegenden Grundstücke mit Häusern in fortlaufender Reihe legt und erst in der Erfüllung dieses Erfordernisses den Zweck und das Wesen einer Ortsstraße erblickt, etwa deswegen,

[1]) RG. Bd. 7 S. 216.

weil in großen Städten diese vermeintlichen Erfordernisse zufällig auch meist erfüllt sind? Hier sprechen doch in der Regel ganz andere Gründe mit, wie größere Rentabilität, Beweglichkeit auf dem Grundstücksmarkte u. dergl., für die allerdings meist vorhandene Tatsache des sich lückenlos zusammensetzenden Häusermeeres. Wie aber in kleinen Kommunen, in denen sehr häufig die Häuserreihen, oft auf größere Strecken hin, durch unbebaute Grundstücksflächen, die als Gärten oder Lagerplätze, teilweise auch als Ackerland zur Verwendung kommen, unterbrochen werden, und wie ferner in dem Falle, wo die Straßen etwa nur einseitig mit Hausgrundstücken besetzt sind, in kleinen und selbst noch in mittleren Kommunen durchaus kein seltenes Bild, z. B. dann, wenn sich auf der unbebauten Seite ausgedehntes Friedhofsgelände hinzieht. Das Aufführen von Häuserfronten kann also wohl nicht in erster Linie den Hauptzweck, der in diesem Falle privater Natur sein würde, einer Ortsstraße bilden. Die Ortsstraßen sind vielmehr — schon in ihrer Eigenschaft als öffentliche Sachen — vor allen Dingen zur Erfüllung öffentlicher Zwecke und danach erst für private Zwecke bestimmt. Unter den öffentlichen Zwecken überwiegt hier jedenfalls der Dienst für den öffentlichen Verkehr, der bei einer Ortsstraße naturgemäß hauptsächlich den Ansprüchen der Ortsbewohner genügen soll, darum zuerst mehr lokaler Art ist, er wird damit Mittel zum Zweck, der auf Befriedigung wirtschaftlicher Forderungen und Bedürfnisse gerichtet

ist. Daraus ergibt sich weiter, daß die Auffassung des Reichsgerichts zu eng begrenzt ist, wenn sie die Straße vor allem für die daran gebauten Häuser als Kommunikationsmittel bezeichnet. Die Straße muß diesem Zweck ebensosehr allgemein für Grundstücke der eben angeführten Art, als auch für unbebaute, dienen. Daran kann auch der Umstand, daß sie den Ortsbewohnern zur Nutzung ihrer Grundstücke verhilft, und daß diese Nutzung oft wegen der möglicherweise größeren Rentabilität in der Bebauung der Grundstücke mit Häusern erblickt wird, nichts ändern. Ebensowenig können auch die Feststellungen des Reichsgerichts Grundlagen einer Begriffsbestimmung der Straße bilden, diese muß allgemeiner und umfassender gehalten sein. Die Ausführungen des Reichsgerichts treffen lediglich zu auf eine Straße im Sinne des Straßenanlegungsgesetzes vom 2. 7. 1875 und bringen sie damit in einen Gegensatz zu anderen öffentlichen Verkehrsstraßen, Chausseen, Landstraßen usw. Der Begriff der Straße ist ein weiterer, er darf nicht auf eine Strecke ihrer Art, Lage, Beschaffenheit oder besonderen Benutzung nach in jedem Falle beschränkt werden; er muß in erster Linie dem vorzüglichsten Zweck Rechnung tragen, und das ist einzig und allein der allgemeine öffentliche Verkehr.

Über die Zweckbestimmung der Landstraßen führt dann das Reichsgericht aus: Landstraßen seien nur für den Verkehr von Ort zu Ort, nicht aber für den Anbau da, und wer an einer solchen Gebäude errichte, müsse

auch mit einer gelegentlichen Veränderung der bestehenden Verkehrsverhältnisse rechnen.[1]) Daß die Ermöglichung und Vermittlung des Verkehrs von Ort zu Ort die vorzüglichste Bestimmung der Landstraßen ist, hebt das Reichsgericht — das wird sicherlich niemand verkennen — mit Recht hervor; daß aber damit ihr Zweck erschöpft sein soll, trifft ebensowenig zu, wie es unrichtig ist, daß sie nicht dem Anbau dienen könnten. Zunächst müssen sie, außer dem Durchgangsverkehr zwischen den einzelnen mehr oder minder benachbarten Orten ebenso wie die Ortsstraßen als Kommunikationsmittel für die ihnen anliegenden Grundstücke in Betracht kommen. Sodann werden sie diese Aufgabe in erhöhtem Maße in den Fällen haben, in denen sich entgegen der Auffassung des Reichsgerichts dennoch an der Landstraße tatsächlich Gebäude befinden sollten. Hauptsächlich dieser letztere Umstand wird in unserer Zeit vielfach geradezu zu einer Notwendigkeit, der sich Interessenten entweder aus wirtschaftlichen Gründen gar nicht entziehen können oder mögen, oder die sogar durch besondere gesetzliche Bestimmungen in gewissen Fällen gebieterisch gefordert wird. Denn es läßt sich doch nicht in Abrede stellen, daß die stetig fortschreitende Entwicklung und die rastlose Neugestaltung unseres ganzen Wirtschaftslebens es häufig bedingt, auch außerhalb der Ortschaften, an der Landstraße,

[1]) RG. in PrVerwBl. Bd. 9 S. 159.

Gebäude zu errichten, sei es, daß Grund und Boden dort in der Regel billiger zu erwerben ist, sei es, daß der Errichtung mancher gewerblicher Anlagen im Innern eines Ortes, man denke nur an die der in § 16 RGewO. angegebenen Art, häufig die nach § 16 erforderliche Genehmigung seitens der zuständigen Behörde aus Gründen des allgemeinen Wohls wird versagt werden müssen.[1]) Denn es besteht in der Rechtsprechung kein Zweifel, daß die Gewerbetreibenden bei der Ausübung ihres Gewerbes allen Anordnungen unterworfen sind, die die Polizei vermöge ihrer allgemeinen aus den Landesgesetzen sich ergebenden Zuständigkeit im Interesse der Feuer-, Gesundheits-, Sicherheits-, Sitten- und Verkehrspolizei zu treffen befugt ist.[2]) Auch hinsichtlich der Landstraße hat also das Reichsgericht die Zweckbestimmung nicht hinreichend gewürdigt. Der Hauptzweck, auf den es hier gerade ankommt, der Orts- wie der Landstraßen ist insofern ein gleicher, als sie beide dem allgemeinen Verkehr dienen, und zwar je nach den Umständen sowohl dem lokalen wie dem durchgehenden Verkehr.[3]) Aus dieser Zweckübereinstimmung ergibt sich, daß wir auch die Orts- und Landstraßen bei der Begriffsbestimmung der Verkehrsstraße zu berücksichtigen haben werden.

---

[1]) Ähnlich Polag S. 14.

[2]) vgl. OVG. Bd. 2 S. 392, Bd. 18 S. 308, Bd. 24 S. 311, Bd. 43 S. 209.

[3]) Ebenso Polag S. 14 und v. Kutzschenbach S. 10.

Erster Teil.

Die öffentlichen Sachen unter besonderer Berücksichtigung der Verkehrsstraßen.

Nachdem wir so die Grundlinien gefunden haben, denen wir später zur Begrenzung des juristischen Begriffes „Verkehrsstraße“ weiter nachgehen müssen, schien uns wegen ihrer prinzipiellen Bedeutung erst noch die Besprechung zweier Vorfragen erforderlich, und zwar: in welcher Gruppe von Rechtsinstituten finden wir die Verkehrsstraße, und ferner, da wir sie in der großen Masse der öffentlichen Sachen sehen werden, wie gestaltet sich deren wichtigstes rechtliches Moment, das Eigentumsverhältnis?

Da die Verkehrsstraßen für den allgemeinen öffentlichen Verkehr geschaffen sind und in dieser Hinsicht allen Interessenten zugute kommen, muß man sie ihrer Substanz und Bestimmung nach als „öffentliche Sachen“ bezeichnen, und zwar, wie Dernburg[1]) sie nennt, als „Sachen des Gemeingebrauchs“, denen er — und mit ihm vielfach die spätere Literatur und Praxis — die

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 1 § 59 S. 121 Anm. 5.

„Sachen des öffentlichen Dienstes“ gegenüberstellt.[1]) Während in diese Kategorie die für den öffentlichen, besonders für den Dienst der Staats- und Gemeindebehörden bestimmten Sachen fallen, wie z. B. die Dienstgebäude der Ministerien, Gerichte, Regierungen, ferner Kasernen, Gefängnisse, Schulen usw., weiter aber auch die für den Dienstgebrauch dieser öffentlichen Behörden und Anstalten angeschafften und verwendeten beweglichen Sachen, wie Mobiliar, Material und sonstige Utensilien, sind unter „Sachen des Gemeingebrauchs“, die dem allgemeinen öffentlichen Gebrauch preisgegebenen, allen einzelnen unmittelbar dienenden und darum für ausschließliche Rechte einzelner grundsätzlich nicht zugänglichen Sachen zu verstehen, wie die öffentlichen Promenaden, Brunnen, Bibliotheken, Brücken, Kunsthallen, stehenden, fließenden Gewässer usw. und vor allem — nach übereinstimmender Auffassung in Literatur und Praxis — die öffentlichen Plätze und die

[1]) Gierke unterscheidet zwischen öffentlichen Sachen im weiteren und engeren Sinne. Zu den ersteren rechnet er alle dem Reiche oder Einzelstaat gehörigen öffentlichen Gebäude und Anlagen für behördliche, militärische, polizeiliche, wissenschaftliche, künstlerische, erziehliche, gewerbliche, soziale und sonstige gemeinnützige Gebrauchszwecke, weiter Sachen im Eigentum von Privatpersonen, wenn sie im Dienst eines vom Staate konzessionierten Unternehmens für einen als öffentlich erkannten Gebrauch bestimmt sind. Unter den öffentlichen Sachen im engeren Sinne begreift er diejenigen, welche einem öffentlichen Gemeingebrauch unterliegen.

dem allgemeinen Verkehr geöffneten Wege, d. h. die Verkehrsstraßen.

Bevor wir aber hier schon darauf eingehen können, im einzelnen zu prüfen, welche Momente ausschlaggebend dafür sind, einen Weg zu einer „Verkehrsstraße" werden zu lassen, ist es zu weiterem Verständnis unumgänglich, in eine Untersuchung der Rechtsnatur der öffentlichen Sachen insoweit einzutreten, als es für den Begriff der Verkehrsstraße von besonderer Bedeutung ist.

1. Die res publicae im römischen Recht.

Mit beginnender Entwicklung eines Rechtsbewußtseins spiegelte sich in der Anschauung aller Völker der noch nicht völlig abgeklärte Gedanke an das Bestehen eines Gesamteigentums wieder, wonach alles das als eine öffentliche Sache erscheint, was sich dem Machtbereich einer Einzelperson entzieht. Erst durch die später einsetzende Erkenntnis und Entwicklung des Verbandsbegriffes wird aus diesem Gesamteigentum ein Eigentum der Gesamtheit.[1]) Hier tritt das Volk als Subjekt der öffentlichen Sachen in den Vordergrund, allerdings zunächst in seiner unbegrenzten Masse, später aber als staatlich geeintes Ganzes.[2]) Kleineren Verbänden — wir folgen hier der römischen Entwicklung — wie den Gemeinden wird aber, vorausgesetzt, daß ihnen

---

[1]) Hahn S. 416.

[2]) Gierke, GenR. Bd. 3 S. 43ff.

nicht von vornherein die Rechtsfähigkeit abgesprochen wird, vielfach nur die Stellung von Privaten eingeräumt,[1]) und daraus erklärt es sich, daß manche Juristen einer Gleichbehandlung der öffentlichen Sachen mit denen der Gemeinde grundsätzlich abgeneigt schienen.[2]) Wie sich im einzelnen die Beziehungen der res publicae zu ihren Herrschaftssubjekten gestalten, muß darum im folgenden Gegenstand kurzer Erörterung sein.

Der Ausdruck „res publicae" kommt im corpus iuris in verschieden abgestufter Bedeutung vor.[3]) So wird er im weiteren Sinne von Gaius in l. 1 pr. D. I, 8 gebraucht, wonach als res publicae alle res humani iuris, quae singulorum non sunt, bezeichnet werden, also sowohl die Sachen, die zwar dem Gemeingebrauch unterliegen, aber ihrer Natur nach dem Eigentum sich entziehen, als auch, entsprechend dem weiteren Wortlaut des Textes: quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, die herrenlosen und darum okkupierbaren Sachen. In dieser weitgefaßten Bedeutung begegnet man freilich dem Ausdruck res publicae nur äußerst selten. Im engeren Sinne findet er sich § 2 J. I, 1, wo nur die Flüsse und Häfen als „publici" genannt werden. Bald wird der Ausdruck dann nur in bezug auf Gemeindesachen angewendet, wie in l. 9 D. 43, 3, wo die res populi

---

[1]) vgl. l. 16 D. 50, 16.

[2]) vgl. l. 15 D. 50, 16.

[3]) Ubbelohde S. 18.

romani et civitatium als res publicae erscheinen, und endlich wird die Bezeichnung „publicus“ verschiedentlich in Beziehung zum Staat gebracht; so von Ulpian in l. 1 § 2 D. I, 1: „publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat“, und weiter ebenfalls von Ulpian in l. 15 D. L, 16 in den Worten: bona civitatis abusive „publica“ dicta sunt. Es wird also der Ausdruck „publicus“ einmal auf diejenigen Sachen des Staates angewendet, welche als Vermögen des Staates und der Gemeinden in gleichem Sinne wie andere als Vermögen einer Privatperson aufzufassen sind — sie werden gewöhnlich kurz als „res publicae in pecunia populi vel fisci“ bezeichnet — und ferner auch diejenigen Sachen, welche dem allgemeinen Zweck und Nutzen dienen, es sind dies die „res publicae publico usui destinatae“. Streng genommen müßten eigentlich die res publicae in publico usu, als Unterart der res publicae überhaupt, nur die Staatssachen umfassen, es werden aber auch, wie sich zeigte, die Gemeindesachen teilweise darunter verstanden. Danach würde also als charakteristisches Merkmal nicht die Publizität, die Staatsangehörigkeit, sondern vielmehr der Gemeingebrauch in Betracht kommen. Da nun aber der Gebrauch des Ausdrucks res publicae, wie sich zeigte, keineswegs in einheitlichem Sinne durchgeführt ist, läßt sich auch nicht mit Gewißheit sagen, welche Sachen im corpus iuris civilis als res publicae anzusprechen sind. Jedenfalls sind es aber Sachen, die nicht im Eigentum einzelner stehen, die auch nicht

Gemeingut der Bürger einer Gemeinde sind, die aber ebensowenig zu den res communes omnium wie zu den res divini iuris zu rechnen sind.

2. Das Eigentum an öffentlichen Sachen.

a) Hoheitsrecht oder ähnliches?

Auch in der heutigen Rechtswissenschaft hat sich die Bezeichnung „öffentliche Sachen" erhalten. Ihre besondere Rechtsstellung[1]) ist anläßlich des vielgenannten Baseler Festungsstreites, der sich um die Mitte des vorigen Jahrhunderts abspielte, zu einer heißumstrittenen Frage geworden. Denn nicht die Staatsrechtslehrer der Restauration, sondern die romanistischen Zivilrechtslehrer haben die Lehre von den res publicae in publico usu weiter fortgebildet. Auf republikanisch-romanistischem Boden wurde der Streit ausgefochten, in welchem zum letzten Male in unserer Begriffsgeschichte die Ansichten gleichsam in politischer Debatte aufeinanderplatzten.[2])

[1]) Sie findet nach der heutigen allgemeinen Auffassung ihre Erklärung darin, daß die Sache infolge ihrer Bestimmung für den öffentlichen Gebrauch sich in einem Zustande objektiver Zweckgebundenheit befindet, sie behält die Fähigkeit, Gegenstand des Privatrechts zu sein, nimmt aber eine besondere rechtliche Eigenschaft an, vermöge deren sie dem Sachenrecht nur innerhalb der Schranken unterliegt, die hier das öffentliche Recht dem privaten setzt, um die Erhaltung des Sachkörpers für den öffentlichen Gebrauch zu sichern. Vgl. Gierke, DPrivR. Bd. 2 S. 20f.; Deruburg, BürgR. Bd. 3 § 7; Windscheid-Kipp Bd. 1 § 146 Nr. 4.

[2]) Levy S. 48.

Bei dieser Erörterung standen neben anderen vorzugsweise Keller und v. Jhering, in ihrem Gefolge auch Eisele, auf der einen, Rüttimann und vor allem Dernburg auf der anderen Seite einander gegenüber. Bis zu diesem hauptsächlich durch jenen Gelehrtenstreit bekannt gewordenen Prozeß wurde, obgleich sich nirgends eine auf Quellenmaterial gestützte Untersuchung und Begründung der Rechtsverhältnisse der res publicae fand, doch ganz allgemein angenommen, daß die öffentlichen Sachen im privaten Eigentum des Staates oder der Gemeinden ständen[1]) und daß der Umstand, daß sie extra commercium, dem Privatrechtsverkehr entzogen seien, lediglich den Zweck habe, das Eigentum an ihnen unantastbarer werden zu lassen,[2]) keinesfalls aber das Eigentum überhaupt an ihnen zu beseitigen.

Keller und noch mehr v. Jhering haben sich zuerst gegen diese Auffassung gewendet. Mit dem Hinweis darauf, daß im römischen Recht die bisherige Ansicht nirgends begründet sei, da hier von keinem Juristen ein Staatseigentum an den res publicae anerkannt sei, sollen die öffentlichen Sachen dem „Hoheits- und Polizeirecht“[3]) des Staates unterworfen werden; dieses Hoheitsrecht sei ein umfassenderes Recht als das gewöhnliche

---

[1]) vgl. Glück, Pand. Bd. 2 § 170; Mühlenbruch, Pand. § 210; Arndt, Pand. § 49; Puchta, Pand. § 35; ferner Seuffert, Windscheid u. a.

[2]) Dernburg, Rechtsgutachten S. 7.

[3]) Keller, Gutachten S. 8 u. 12.

Eigentum, denn einerseits begreife es alle Befugnisse des Eigentums in sich, andererseits sei es gegen jede Gefahr, die jenes bedrohen, Servitutenersitzung usw., geschützt. Es reiche daher zur Begründung der dem Staate über jene Sachen zustehenden Befugnisse völlig aus, weil es eben außer allen im Eigentum enthaltenen sogar noch gewisse hoheitliche Dispositionen darüber hinaus in sich vereinige. Wie wenig zutreffend und wie undurchführbar diese Konstruktion ist, ergibt mit unabweisbarer Überzeugung der Vergleich mit den öffentlichen Sachen im Eigentum einer Stadtgemeinde, deren Rechtslage sich durch nichts von der der öffentlichen Sachen im Eigentum des Staates unterscheidet. Danach würde den Stadtgemeinden an den Gemeindesachen in publico usu ein jenem statuierten staatlichen Hoheitsrecht entsprechendes öffentliches Recht zustehen. Das ist aber aus staatsrechtlichen Erwägungen heraus ganz undenkbar, da Hoheitsrecht und öffentliche Gewalt des Staates wohl zwei zufällig sprachlich verschiedene Bezeichnungen für den gleichen Machtfaktor desselben im übrigen aber begrifflich untrennbar sind und ein besonders potenziertes Hoheitsrecht als Rechtsbegriff der Rechtswissenschaft völlig fremd ist.

Jhering führt gegen die Annahme eines Staatseigentums an, daß die Eigenschaft der öffentlichen Sachen als res extra commercium ebenso die Erwerbung von Eigentum an ihnen in der Person von Privaten ausschließe, wie sie mit dem Bestehen von Eigentum

des Staates selbst unvereinbar sei. Indem er von dem Prinzip des subjektiven Willens, welches im Verhältnis der einzelnen zueinander, also im Privatrecht herrscht, ausgeht und dieses auf das Verhältnis des einzelnen zur Staatsgewalt überträgt, kommt er dazu, die Zugehörigkeit zum Staat lediglich als Reflex des Gemeingebrauchs und die Sache nach Fortfall des Gemeingebrauchs als res nullius anzusehen.[1]) Für ihn ist das Staatseigentum an den res publicae, für das er übrigens auch die Bezeichnung „Hoheitsrecht" gebraucht, ohne indes viel Gewicht auf sie zu legen, dann nichts anderes als eben die „Rückseite des Gemeingebrauchs",[2]) und beides, Gemeingebrauch und Eigentum, etwas Untrennbares, denn man würde sonst nach seiner Meinung zu einem Eigentum kommen, an welchem ein Nießbrauch von vornherein unmöglich wäre, und damit hätte man ein Eigentum, das sich selbst negiere (l. 56 D. de usu fruct. 21). Er will daher den „irreführenden" Ausdruck Staatseigentum vermieden wissen und statt seiner setzen „die rechtliche Beziehung des Staates zu den für den Gemeingebrauch seiner Angehörigen bestimmten res publicae".[3]) Damit hat nun Jhering zwar eine andere formelle Bezeichnung

---

[1]) Jhering, Geist des römischen Rechts Bd. 3 § 61, insbes. Anm. 476, 480.

[2]) Jhering S. 43.

[3]) Jhering S. 44. (Für Jherings Auffassung tritt neuerdings energisch ein Kuhlenbeck, Von den Pand. z. BGB. Bd. 2 S. 393 ff.)

gegeben, aber die materiellrechtliche Seite der Streitfrage nicht beantwortet. Was nämlich jene Beziehung des Staates zu den öffentlichen Sachen ist, ob sie gerade das Eigentum oder Hoheitsrecht oder irgend etwas anderes ist, welchen materiellen Inhalt sie hat, das war gerade die Frage, und darauf ist Jhering selbst die Antwort schuldig geblieben.[1])

Eisele geht von der den öffentlichen Sachen immanenten Zweckbestimmung aus, die ihm nicht eine beliebige, sondern eine ganz konkrete, begrifflich notwendige ist: das Dienen zum Gemeingebrauch. Die Sachen sollen durch diese ihre Zweckbestimmung zwar dem jus privatum, nicht aber dem jus humanum entzogen werden und unter das jus publicum fallen. Daher scheint ihm jene Zweckbestimmung, wie sehr sie auch von dem Privateigentume sich entferne, durchaus mit einem publizistischen, sachlichen Herrschaftsrecht vereinbar, „so ist nichts an der öffentlichen Sache, was nicht zugleich Inhalt des Herrschaftsrechtes des Staates wäre". Für ihn ist das Recht des Staates an den öffentlichen Sachen ein „Eigentum des jus publicum", ein „publizistisches Eigentum", d. h. eben dasjenige Eigentum, welchem die Zweckbestimmung zum Gemeingebrauch immanent ist".[2]) Es sei dahingestellt, warum Eisele in seinen Ausführungen unberücksichtigt ließ, daß jene Zweckbestim-

---

[1]) So treffend Wappäus S. 101.

[2]) Eisele S. 24.

mung, wenn auch zuweilen möglicherweise für die Dauer beabsichtigt, weder die natürliche Beschaffenheit der Sache zu ändern noch die Behörde, welche jene Bestimmung getroffen hat, zu verhindern vermag, sie jederzeit wieder aufzuheben.[1]) Jedenfalls kann man an diesem Umstande nicht, wie Eisele es tut, als unbeachtlich vorübergehen, und darum läßt es sich auch nicht einsehen, warum durch die Bestimmung einer Sache für den usus publicus das Gemeinwesen, in dessen Privateigentum sie sich vorher befand, dieses Eigentum dann verlieren soll. Es läßt sich aber die Theorie des „publizistischen Eigentums“ kaum treffender kennzeichnen als, wie es Windscheid in richtiger Erkenntnis ihres wahren Charakters getan hat, daß nämlich das „publizistische Eigentum“ in Wirklichkeit nichts anderes ist „als das gewöhnliche Eigentum, welches die der Sache aufgedrückte Zweckbestimmung zum usus publicus zu respektieren hat“.[2])[3])

---

[1]) vgl. SeuffArch. Bd. 44 Nr. 163: RGE. Bd. 3 S. 171 f.

[2]) Windscheid, Pand. Bd. 1 § 146 S. 415 N. 17.

[3]) Es verdient hier auch Otto Mayers Theorie vom öffentlichen Eigentum Beachtung und Erwähnung (Bd. 2 § 35 ff.). Als begeisterter Anhänger französischer Rechtsideen sucht er in bestechender Beweisführung seiner Theorie Grund und Halt aus jenem Recht zu schaffen; danach ist er der Überzeugung, daß die rechtliche Herrschaft der öffentlichen juristischen Person über öffentliche Sachen ausschließlich auf öffentlichrechtlichen Grundsätzen beruhe und nach ihnen beurteilt werden müsse. Wie sehr man aber auch seinem geistreich verfochtenen Standpunkt Be-

b) Privatrechtliches Eigentum.

Gegen die im vorigen wiedergegebenen Ansichten Kellers, Jherings und Eiseles haben sich nun Rüttimann und vor allem Dernburg für das Privateigentum an den res publicae (in publico usu) ausgesprochen. In erster Linie hat Dernburg für die Richtigkeit und Begründetheit der Annahme eines solchen den Nachweis unter Zugrundelegung zahlreicher Quellenstellen zu erbringen versucht. Die von ihm vertretene Auffassung hat sich schließlich zu einem Triumphe über seine Gegner durchgerungen und ist die allgemein anerkannte und auch heute noch herrschende Meinung geworden. Ihr bisin alle Einzelheiten nachzugehen, würde zu weit führen, darum können hier nur die hauptsächlichsten und für die Lösung der hier interessierenden Fragen notwendigen Momente Beachtung finden. Mit

---

wunderung zu zollen und, soweit französiche Rechtsgrundsätze überwiegenden Einfluß auf die Rechtsgestaltung gewonnen haben, ihn anzuerkennen geneigt sein mag, so wenig wird man ihm andererseits beipflichten dürfen in dem von französischer Einwirkung freien gemeinen und preußischen Recht. Hier versagen seine Ausführungen, weil, wie schon aus dem Gesetzestext hervorgeht, sie Mayers Ansicht eben wegen seiner Abhängigkeit vom französischen Recht nicht mehr zu rechtfertigen vermögen. Konkret ausgedrückt, im Rahmen unserer Ausführungen würde der Theorie des öffentlichen Eigentums der Umstand entgegenstehen, daß an öffentlichen Wegen Privatrechte erworben werden können, welche privatrechtlich verfolgbar sind (Germershausen Bd. 1 S. 118).

Ausnahme der hier nicht weiter in Frage kommenden res omnium communes, der flumina publica und portus publici, unterliegen nach dieser Ansicht alle res publicae in publico usu dem privaten Eigentum des Staates oder der Gemeinden, das sich allerdings im Hinblick auf die ihm von den zuständigen Behörden zugewiesene Zweckbestimmung dieser Sachen oft besonders geartete Beschränkungen gefallen lassen muß. Den deutlichsten Beweis für das Staatseigentum erbringt, wie Dernburg hervorhebt, die in § 39 J. de div. rer. 2, 5 enthaltene Bestimmung über den Schatzfund. Danach soll bei einem solchen die eine Hälfte der Finder, die andere der Eigentümer des Grundes und Bodens der Fundstelle als Eigentum erhalten. Steht die Fundstelle in niemandes Eigentum, wie es bei einem locus sacer aut religiosus der Fall ist, dann soll der Schatz ganz Eigentum des Finders werden. Da aber nun der locus publicus im Eigentum des Fiskus oder der Gemeinde steht, so muß notwendigerweise das Eigentum an dem dort gefundenen Schatz zur einen Hälfte auf den Fiskus oder die Gemeinde, zur anderen auf den Finder übergehen.[1]) Gerade diese Stelle ist von Jhering zum Zielpunkt eines besonderen Angriffes ausersehen worden, vergeblich darauf gerichtet, sie durch den Hinweis auf die l. 3 § 10. D. de iure fisci 49, 14 ihrer Bedeutung zu entkleiden. Weil dort bei einem Schatzfund in locis religiosis aut in monu-

[1]) Dernburg, Gutachten S. 16.

mentis zur Hälfte der Staat Eigentümer wird, folgert er, daß § 39 J. II, 5 nicht zum Beweise herangezogen werden könne und damit die Auffassung seiner Gegner sich „in nichts auflöse", da der Staat doch sicherlich von niemandem als Eigentümer der res religiosae angesehen werde. Aber es ist keineswegs etwa erst ein besonderes Verdienst Jherings auf den scheinbaren Konflikt jener beiden Stellen hingewiesen zu haben, vielmehr hat auch Dernburg sich eingehend damit beschäftigt (vgl. S. 16 a), und es spricht durchaus dafür, als wäre er auf Einwendungen dieser Art seitens seiner Gegner vorbereitet und auf ihre Abwehr bedacht gewesen, wenn er ausdrücklich betont, daß, wenngleich sie zugunsten des Fiskus von anderen Ansichten ausgehe, sie doch für den Gedankengang der Institutionen unerheblich sei. Damit hat Dernburg wohl auch hier das Richtige getroffen, denn wenn auch in der l. 3 § 10 D. 49, 14 aus „Utilitätsgründen" dem Fiskus ein Eigentumsrecht an dem Funde auf den loca religiosa, deren Eigentümer er in der Tat nicht ist und auch nicht zu sein braucht, zugebilligt wird, so kann dadurch doch die Tatsache, daß in § 39 J. II, 5 das Eigentum des Staates an den loca publica seinen Anspruch auf die Schatzhälfte bedingt, nicht beeinträchtigt werden.[1]) Ein weiteres Moment, das zugunsten der Annahme eines Privateigentums Zeugnis ablegt, sind die verschiedenen

[1]) Wappäus S. 93; ähnlich auch Eisele S. 10.

Nutzungen privatrechtlicher Art, die dem Staate und den Gemeinden an den Sachen des Gemeingebrauchs zustehen. So haben zunächst sowohl Keller wie Jhering selbst sich mit der Tatsache abfinden müssen, daß Nebennutzungen, wie Gras, Holz usw. von öffentlichen Anlagen und Wegen dem Gemeinwesen zufallen.[1]) Welche andere Bedeutung wollten ferner die Gegner dem Umstande beimessen, daß jemand, der auf einem in Gemeingebrauch stehenden Grundstück ein Gebäude aufgeführt hat, dem Staate oder der betreffenden Gemeinde, solange der Bau nicht als ein Hindernis für den Gemeingebrauch sich erweist und darum wieder beseitigt werden muß, eine Abgabe zu entrichten hat,[2]) eine Abgabe, die doch nur, um mit Dernburg zu reden, als „eine dem Grundeigentümer für die Gebrauchsüberlassung des Bauplatzes gebührende Entschädigung“ angesehen werden kann?[3]) Weiter hatten dann die Inhaber aller jener den mannigfaltigsten Erwerbszwecken dienenden und häufig in via publica gebauten tabernae[4]) ebenfalls an den Staat oder die Gemeinde einen gewissen Zinssatz für die Überlassung des Grundes und Bodens

---

[1]) Keller, Urt. Erwäg. 7a S. 50f.; Jhering, Der Streit usw. S. 40, Erwiderung S. 14f. u. 17f.

[2]) l. 2 § 17 D. 43, 8.

[3]) Dernburg, Gutachten S. 15f.; Wappäus S. 27.

[4]) Qui tabernas argentarias vel ceteras, quae in solo publico sunt, vendit, non solum sed ius vendit, cum istae tabernae publicae sunt quarum usus ad privatos pertinet (l. 32 D. 18, 1).

abzuführen (l. 15 D. 20, 4), und auch diese Bodenzinspflicht kann in nichts anderem als in dem Eigentumsrecht dieser öffentlichen Korporationen ihre Erklärung und Begründung finden. Endlich verdient dann noch als wichtiges Glied in dieser Beweiskette der Umstand Erwähnung und Beachtung, daß der Staat oder die Gemeinde, sobald die Sache aufhört ihrer Zweckwidmung, dem usus publicus, zu dienen, über sie wieder nach Belieben verfügen kann,[1]) und gerade das Wiederaufleben dieser Verfügungsbefugnis läßt sich auch nur aus dem Eigentum heraus verstehen, daß hier durch den Fortfall des Gemeingebrauchs aller einschränkenden Fessel ledig geworden ist und nun wieder in seinem ganzen freien Umfange hervortritt. Trotz aller dieser lückenlos sich aneinander reihenden Argumente haben die Gegner das Staatseigentum an den res publicae dennoch nicht anerkennen wollen und darum von ihm nur als einem vermeintlichen, einem inhaltleeren Gebilde gesprochen, von dem der Staat in Wirklichkeit gar keinen Vorteil habe, da der Gemeingebrauch die reale Nutzbarkeit der Sachen regelmäßig so gut wie erschöpfe.[2]) Aber auch diesen gegnerischen Einwendungen weiß Dernburg treffend mit der Bemerkung zu begegnen, daß für den Begriff des Eigentumsrechtes die Beschränktheit der Einzel-

---

[1]) vgl. Dernburg, Gutachten S. 17f. das Beispiel von der kassierten Gemeindestraße.

[2]) Keller § 3; Jhering Bd. 2 S. 13f.

befugnisse des Inhabers durchaus gleichgültig ist[1]) — es gibt eben Sachen, die unbestritten im Privateigentum einzelner und zugleich auch im Gemeingebrauch aller stehen können.

3. Das gemeine Recht.

Daß die von Dernburg erfolgreich durchgekämpfte Auffassung allgemein auch die des gemeinen Rechts wurde und blieb, zeigt uns ein kurzer Streifblick auf andere führende Pandektisten und die damalige Rechtsprechung. Nach Wächters Meinung[2]) standen die dem allgemeinen öffentlichen Gebrauch dauernd gewidmeten Sachen, wie öffentliche Plätze und Straßen, im Eigentum des Staates oder der Gemeinde. Windscheid[3]) vertritt die Ansicht, daß die öffentlichen Sachen im Eigentum des Staates oder der Gemeinde oder auch einer Privatperson stünden. Bekker[4]) nimmt an, daß die Sachen, welche gemeinnützigen, aber außerhalb des Gemeingebrauchs liegenden Zwecken zu dienen bestimmt sind, Eigentum des Staates oder anderer öffentlicher Korporationen seien, weiter ist aber nach ihm auch an allen Sachen im Gemeingebrauch Eigentum vorhanden. Regelsberger[5]) steht auch im allgemeinen auf dem

[1]) Dernburg, Gutachten S. 16.
[2]) Pand. Bd. 1 § 60 S. 275, 279.
[3]) Pand. Bd. 1 § 146 S. 630ff.
[4]) Pand. § 77 Beil. II u. III § 78.
[5]) Pand. § 112 S. 417ff., § 113 S. 424, § 109 S. 411.

Standpunkt, daß an den öffentlicheu Sachen Eigentum anzunehmen sei. Abgesehen also von den außerhalb unseres Themas liegenden Flüssen und heiligen Sachen, herrschte in der Lehre der Pandektisten darin Übereinstimmung, daß alle öffentlichen Sachen im Eigentum, und zwar des Staates, einer Gemeinde oder auch einer Privatperson standen.[1])

Auch in der gemeinrechtlichen Praxis ist die privatrechtliche Eigentumsfähigkeit der öffentlichen Sachen allgemein angenommen worden. So hat sich in seiner Entscheidung v. 28. 2. 1882 das Reichsgericht dahin ausgesprochen, daß öffentliche Wege jedenfalls nach dem derzeitigen Recht nicht schlechthin und in dem Sinne als res extra commercium zu betrachten seien, daß Privatrechte daran rechtlich völlig undenkbar wären; vielmehr könne das Terrain derselben ebensowohl im Privateigentum wie im Eigentum des Staates oder der Gemeinde sich befinden.[2]) Daß auch die öffentlichen Wege selbst im Eigentum Privater stehen können, ist dann noch des öfteren vom Reichsgericht dargelegt worden.[3]) Von besonderem Interesse für die Eigentumsfrage scheint dann noch ein Erkenntnis des Oberlandes-

---

[1]) Derselben Ansicht sind auch Wappäus S. 85; Ubbelohde S. 43ff.; ferner stimmen damit überein die Germanisten Stobbe (Bd. 1 § 64), Gierke (DPrivR. Bd. 2 § 102 S. 23).

[2]) SeuffArch. Bd. 37 S. 389.

[3]) RG. Bd. 6 S. 207, Bd. 48 S. 299 und die dort angeführten Entscheidungen.

gerichts Frankfurt. Die Stadt Frankfurt klagte als Eigentümerin des Areals der G.straße und insbesondere auch des einen Teil derselben bildenden Bügersteiges gegen einen Gastwirt, der auf dem Bürgersteige an der Straßenfront seines Gasthofes entlang die Gastwirtschaft betrieb und zu diesem Behufe Tische, Sitzgelegenheiten und dergleichen aufgestellt hatte. Die Stadt, die sich durch die Maßnahme des Gastwirtes in ihrem Eigentumsrecht verletzt fühlte, siegte in diesem Prozesse ob mit folgender Begründung: „... dadurch, daß die Klägerin das betreffende Terrain zur öffentlichen Straße hergegeben hat, ist sie in ihrem Privateigentum an demselben dergestalt beschränkt, daß sie den freien Gebrauch durch jedermann zu den Zwecken, denen eine öffentliche Straße zu dienen bestimmt ist, zu dulden hat. Ansprüche dagegen, welche über diesen Gemeingebrauch hinausgehen, stellen sich als Eingriffe in das Recht ihres Privateigentums dar, welche sie mit der Eigentumsfreiheitsklage (der actio negatoria) abwehren kann, es sei denn, daß eine besondere auf einem privatrechtlichen Titel beruhende Berechtigung zu einer Benutzungsart besteht, die weitergeht, als sich aus dem Gemeingebrauch der Straße ergibt".[1]) So weit vom gemeinen Recht.

4. Das preuß. allgem. Landrecht.

Das preuß. allgem. Landrecht bestimmt in § 21 Teil II Titel 14, daß die Land- und Heerstraßen usw.

[1]) OLG. Frankfurt v. 16. 8. 1899 in SeuffArch. Bd. 55 S. 265 f.

ein gemeines Eigentum des Staates sein sollen; § 25 bestimmt dann, dieses gemeine Eigentum sei den Domänen gleich zu achten. Die Sprache des Gesetzes ist hier äußerst unklar, und daher ist auch die Bedeutung dieser Stelle sehr bestritten. Was man sich demnach darunter vorzustellen hat, läßt sich mit absoluter Bestimmtheit nicht sagen. Koch nennt die Gleichstellung des Staatseigentums mit den Domänen „unverständlich".[1]) Die Annahme, daß das gemeine Eigentum wirkliches Eigentum sei, hat besonders in Rausnitz[2]) und Gierke[3]) eifrige Vorkämpfer und Verteidiger gefunden. Die Praxis dagegen hat sich meist auf den Standpunkt gestellt, daß man es hier mit herrenlosen Sachen zu tun habe, die allerdings von dem Allgemeingebrauch und einem gewissen Nutzungsrecht des Staates in Anspruch genommen würden. Nur über Land- und Heerstraßen enthält das allgem. Landrecht jene obigen Bestimmungen, dagegen läßt es andere Wege und nicht im Gemeingebrauch befindliche öffentliche Sachen unerwähnt. Man wird hieraus ohne Bedenken folgern dürfen, daß diese Sachen also Eigentum der jeweils in Frage kommenden Korporation sind. Einen Stützpunkt findet diese Folgerung in den Gesetzen über die Grundsteuer und über die Gebäudesteuer v. 21. 5. 1861. Nach § 4 des Grundsteuergesetzes sind die dem Staate gehörigen

[1]) Komm. z. ALR. a. a. O. Anm. 19 h. t.

[2]) In GruchotsBeitr. Bd. 39 S. 525.

[3]) DPrivR. Bd. 2 § 102 Anm. 40; GenTh. S. 194.

Grundstücke, ferner die den Provinzen, Kreisen, Gemeinden usw. gehörenden Grundstücke, die zum öffentlichen Dienste oder Gebrauche bestimmt sind, vorzugsweise Gassen, Plätze, Fahr- und Fußwege, Leinpfade, Brücken usw., von der Grundsteuer befreit. Ziffer d zeigt dann weiter, daß öffentliche Sachen sehr wohl im Eigentum Privater stehen können, denn grundsteuerfrei sollen hiernach solche Kunststraßen, Brücken usw. sein, die von Privatpersonen oder Aktiengesellschaften zum öffentlichen Gebrauch angelegt sind; dabei ist natürlich vorausgesetzt, daß das Eigentum dieser Anlagen sich auch noch bei ihren Schöpfern befindet. Von der Gebäudesteuer werden nach § 3 diejenigen Gebäude nicht betroffen, welche dem Staate, den Provinzen, Kreisen, Gemeinden usw. gehören und zum öffentlichen Dienste oder Gebrauch bestimmt sind, wie Militär-, Regierungs-, Justiz-, Postgebäude, Kreis- und Gemeindehäuser. Weitere Argumente für die Eigentumsfähigkeit der öffentlichen Sachen finden sich in der Grundbuchordnung v. 5. 5. 1872. Daselbst bestimmt § 2, daß für Domänen oder andere dem Staate gehörige Grundstücke . . . für Eisenbahnen und öffentliche Landwege nur dann ein Grundbuchblatt anzulegen ist, wenn sie veräußert oder belastet werden oder etwa der Eigentümer oder ein Berechtigter einen besonderen dahingehenden Antrag stellt. Dieser § 2 hätte keine Existenzberechtigung, wenn die von ihm betroffenen Sachen eigentumslos oder eigentumsunfähig wären, da sie dann nicht im Grundbuch ein-

getragen werden könnten. Endlich kommt hier auch das Gesetz v. 30. 4. 1873 in Verb. mit dem Gesetz v. 8. 7. 1875 noch wesentlich in Betracht. Durch dieses sogen. Dotationsgesetz ist das Eigentum des Staates an dem weitaus größeren Teil der öffentlichen Wege diesem genommen und auf die Kommunen und die Kreis- und Provinzialbehörden übergegangen. In erster Reihe sind die Land- und Heerstraßen davon betroffen worden, die nun nicht mehr „ein gemeines Eigentum" des Staates bilden, sondern ein gewöhnliches Eigentum der betreffenden juristischen Person geworden sind.[1]) In der Rechtsprechung ist vor allem vom Reichsgericht in mannigfachen Entscheidungen erkannt worden, daß die Gemeinden nach preußischem Recht Eigentümer ihrer Straßen sind.[2]) Bezeichnend für den Standpunkt des Reichsgerichts ist die Entscheidung in dem auch sonst weiter bekannt gewordenen Prozeß der Stadt Breslau gegen den Postfiskus, der über die Straßen und Plätze der Stadt ohne deren Genehmigung Telephon- und Telegraphenleitungen hatte führen lassen. Hier hat das Reichsgericht klar ausgesprochen, daß öffentliche Korporationen ebenso wie Private Einrichtungen, die in den über ihrem Grundstück befindlichen Luftraum hineinragen und Störungen oder Belästigungen in der Benutzung des Grundstückes mit sich bringen können, verbieten

---

[1]) vgl. hierzu RG. Bd. 3 S. 236, Bd. 40 S. 280.

[2]) RG. Bd. 7 S. 215, Bd. 22 S. 305, Bd. 24 S. 245.

dürfen.[1]) Danach läßt sich auch für das preuß. allgem. Landrecht die Feststellung treffen, daß die öffentlichen Sachen, ausgenommen die von Natur schiffbaren Flüsse, dem privaten Eigentum des Staates oder anderer öffentlicher juristischer Personen oder auch dem Eigentum Privater unterliegen.

5. Unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Der in der Mannigfaltigkeit der partikularen Gesetzesvorschriften begründeten Rechtszerrissenheit und der daraus resultierenden Rechtsunsicherheit auf dem Gebiete des Privatrechtes durch dessen einheitliche Regelung in Deutschland ein Ende zu machen, war die Aufgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. Durch Art. 5 EG. z. BGB. sind die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze insoweit beseitigt, als nicht in Rücksicht auf einzelne ihrer Natur nach besondere Verhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch oder im Einführungsgesetz ein anderes bestimmt ist. Art. 218 EG. läßt dann der Landesgesetzgebung diesen Spielraum. Es findet sich aber im Einführungsgesetz nirgends eine ausdrückliche Vorschrift, durch welche der Landesgesetzgebung die Regelung der an den öffentlichen Straßen bestehenden Rechtsverhältnisse vorbehalten wäre. Art. 106 EG., der von den dem „öffentlichen Gebrauch dienenden

[1]) RG. Bd. 42 S. 205.

Grundstücken“ handelt, stellt lediglich einen Vorbehalt betreffs der Ersatzpflicht für den Fall auf, daß durch die Benutzung dieser Grundstücke zu einer Anlage oder zu einem Betriebe ein Schaden verursacht wird.

Für die Eigenschaft einer Sache (§ 90 BGB.) als einer dem Gemeingebrauch dienenden kann kein anderer Gesichtspunkt in Frage kommen, als daß ein solcher Gemeingebrauch an der Sache auch tatsächlich ausgeübt wird. Bei öffentlichen Straßen wird es sich hierbei meist entweder um ein in seinem Ursprung nicht mehr nachweisbares Herkommen oder um einen Akt der Staatsgewalt handeln. Solange also ein öffentlicher Verkehr nicht stattfindet, kann der Eigentümer sein privates Recht unbeschränkt geltend machen, so z. B. gegen die Heranziehung seines Grundstücks zum Straßenbau. Regelmäßig können die Sachen Gegenstand von Privatrechten sein, Ausnahmen von dieser Regel fallen in das Gebiet des öffentlichen Rechts. Die das römische Recht beherrschende Auffassung, daß dem allgemeinen Gebrauch entzogene Sachen extra commercium seien, ist dem heutigen Recht fremd. Sie unterliegen dem Privatrecht insoweit, als nicht die ihr durch die Rechtsordnung zugewiesene Zweckbestimmung dadurch beeinträchtigt wird. Insoweit also hier Umstände in Frage kommen, deren Basis im öffentlichen Recht zu suchen ist, muß deren Regelung der partikularen Gesetzgebung anheimfallen; den Geltungsbereich der landesrechtlichen Vorschriften im Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch festzustellen,

ist nicht die Aufgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches selbst, sondern des Einführungsgesetzes. Es zeigt sich also, daß die gesetzliche Regelung in Rücksicht auf die dem Gemeingebrauch dienenden Sachen nach zwei Seiten, der privatrechtlichen und der öffentlichrechtlichen, hin zu erwägen ist. Die Frage, ob es Sachen gibt, die in niemandes Eigentum stehen, ob dazu etwa die Sachen des Gemeingebrauchs zu rechnen sind, oder ob sie in privatem Eigentum sich befinden, und wer der Eigentümer ist, muß mangels positiver Rechtssätze nach privatrechtlichen Grundsätzen gelöst werden. Dagegen gehört die Frage, wodurch der Charakter einer Sache als einer dem Gemeingebrauch unterworfenen bestimmt wird, und ob dieser Charakter die Ausübung des an der Sache vielleicht haftenden Privateigentums unmöglich macht, mit anderen Worten, inwieweit der Gemeingebrauch den Staat oder die Gemeinde hinsichtlich der Veräußerung oder einen anderen Eigentümer in der Geltendmachung dinglicher Rechte an der Sache beschränkt, zweifellos dem System nach dem öffentlichen Recht an. Der Umstand nun, daß weder im Reichsrecht noch im Landesrecht die Sachen des Gemeingebrauchs als verkehrsunfähig gekennzeichnet und damit der Fähigkeit, Gegenstand privaten Eigentums zu sein, entkleidet sind, ist als weiteres Beweismittel dafür anzusehen, daß sie sehr wohl im Privateigentum stehen können und meist auch stehen. Für die öffentlichen Wege führt das Reichsgericht aus, daß sie im Eigentum bestimmter

Rechtssubjekte stehen und keineswegs herrenloses Gut seien, dessen sich ein jeder bedienen könnte, soweit es etwa mit ihrer Bestimmung für öffentliche Zwecke verträglich erscheine.[1])

Es kann also kein Zweifel sein, daß nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches die vorhanden gewesenen öffentlichen Straßen im Eigentum desjenigen verblieben sind, der nach dem bis dahin in Geltung gewesenen Rechte ihr Eigentümer war.[2]) Doch sind nur diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften gemäß Art. 111 unberührt geblieben, die im öffentlichen Interesse das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen beschränken. Daraus ergibt sich, daß an den dem Gemeingebrauch unterliegenden Straßen, entsprechend ihrer Zweckbestimmung, Privatrechte nicht zur Geltung gebracht werden können, die dieser Zweckbestimmung zuwiderlaufen, daß Einwirkungen, welcher der Zweckbestimmung gemäß sind, nicht verboten werden können, und daß der Eigentümer auch dauernd diejenigen Maßnahmen treffen muß, welche erforderlich sind, damit sie ihrer Zweckbestimmung genügen können. Sieht man von den durch die Vorbehalte betroffenen Sachen ab, so ergibt sich, daß das Bürgerliche Gesetzbuch an dem privaten Eigentum der öffentlichen Sachen prinzipiell nichts geändert hat, vielmehr, wie

[1]) RG. v. 22. 11. 1910 im PrVerwBl. Bd. 22 S. 182.

[2]) In der Regel Eigentum des Staates bezw. der Gemeinden (vgl. OVG. Bd. 10 Nr. 27, aber auch das Dotationsgesetz!).

Art. 181 EG. ausdrücklich bestimmt, die Vorschriften über das Eigentum (§§ 903 ff.) auf das zur Zeit seines Inkrafttretens bereits bestehende Eigentum zur Anwendung gebracht wissen will.[1])

Danach ist insbesondere ein Rechtsverlust durch die tatsächliche Heranziehung eines Grundstücks zum Straßenzuge ohne einen den Übergang des Eigentums rechtfertigenden Erwerb ausgeschlossen. Wenn daher eine öffentliche Straße über das Grundstück eines Privaten gelegt worden ist, bleibt doch der Grund und Boden des Straßenkörpers, soweit er auf seinem Grundstück ruht, so lange in dessen Eigentum, als nicht die betreffende Körperschaft den Grund und Boden sei es durch Rechtsgeschäft sei es durch Zwangsenteignung erworben hat. Freilich müßte sich der Eigentümer die Beschränkung seines Eigentums in tatsächlicher Hinsicht gefallen lassen. Weder die Klage auf Herausgabe (§ 985 BGB.), noch die Eigentumsfreiheitsklage (§ 1004), noch die Besitzklage (§ 861) kann er mit dem Erfolg erheben, daß der Körperschaft die tatsächliche Verfügung über den zu der Straße gehörigen, im Eigentum des Privaten stehenden Teil genommen oder die Beseitigung der durch die Anlegung der Straße hervorgerufenen Störung gerichtlicherseits angeordnet würde.

[1]) Von dem BGB. nicht berührt werden die Vorschriften über den Gemeingebrauch; vgl. Planck, Komm. z. EG. z. BGB. S. 279 Anm. 1; ferner Matthiaß, Lehrb. des bürgerl. R. Bd. 1 S. 130; Endemann Bd. 3: Sachenrecht Teil 1 S. 18.

Dem Eigentümer bleibt weiter jede andere tatsächliche aus dem Eigentum sonst zulässige Einwirkung auf die sein Grundstück schneidende Straße, z. B. Einzäunung oder Bepflanzen des Straßenkörpers zum Nachteil des ungehinderten Verkehrs, versagt. Andererseits behält er die Klage auf Feststellung seines Eigentums und auch — allerdings nur de iure — die Auflassung an einen Dritten und die hypothekarische Belastung. Nach jeder Richtung unumschränkt kann er endlich sein Eigentum erst dann wieder zur Geltung bringen, wenn die Straße aufhört, dem öffentlichen Verkehr zu dienen.

Nach alledem ergibt sich als Endresultat: Das Rechtsverhältnis der im Gemeingebrauch stehenden Verkehrsstraßen gestaltet sich derart, daß der Eigentümer zwar über das Recht der Substanz nach verfügen kann, in der Ausübung des Rechts aber in demselben Umfange gehindert ist, in welchem die ungestörte Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs einer solchen Ausübung entgegensteht.

Zweiter Teil.

Welches sind die entscheidenden Merkmale für die Öffentlichkeit einer Straße?

1. Ist es von Bedeutung, ob der Staat oder eine Privatperson Eigentum an der Straße hat?

Wir kommen nunmehr zur Prüfung der Frage: Welche tatsächlichen bezw. rechtlichen Momente geben uns auf Grund der früher gefundenen allgemeinen Grundlinien die charakteristischen Merkmale für den juristischen Begriff „Verkehrsstraße"?

Die Frage, ob das Wesen der öffentlichen Straße durch die Tatsache, daß sie im Eigentum des Staates bezw. einer Kommune — das, wie sich im 1. Teil zeigte, nur privatrechtlichen Charakters sein kann — oder ob sie im Eigentum einer Privatperson steht, bedingt wird, ist, wie sich weiter unten ergeben wird, für das heutige Recht zu verneinen.

Im römischen Recht freilich war es gerade das Eigentum, welches eine scharfe Grenze zog zwischen öffentlichen und privaten Wegen. Hier wurzelte die öffentlichrechtliche Eigenschaft eines Weges allerdings in dem Grundeigentum am Wegeboden, im Gegensatz

zu der via privata, cuius solum alienum est, und so war denn jeder Weg ein öffentlicher, dessen Grund und Boden im öffentlichen Eigentum stand. Dieser Rechtsgedanke spiegelt sich in der l. 2 § 21 D. 43, 8 wieder, wo Ulpian folgendermaßen definiert: „Viam publicam dicimus, cuius etiam solum publicum est". Von welcher Beschaffenheit das Eigentum war, darüber gibt dann eine andere Stelle Aufschluß: l. 1 pr. D. I, 8, in der Gaius von den res publicae, zn denen, wie wir früher sahen, die öffentlichen Wege gehören, sagt: „res, quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur". Danach war zwar das Eigentum des Staates nicht gerade ein positives, aber es war doch ein Rechtszustand, welcher das Bestehen von Privatrechten nicht zuließ.

Das allgem. Landrecht kennt nur Privatwege (I, 22 §§ 69—79), gemeine oder gemeinschaftliche Wege einer Dorfgemeinde (II, 7, §§ 37, 38—43) und Land- und Heerstraßen (II, 15 § 1).[1]) Im Gegensatz zu den beiden ersteren hebt das allgem. Landrecht die Land- und Heerstraßen wohl als eine Art der öffentlichen Wege hervor, aber nirgends findet sich in diesem Gesetz eine Begriffsbestimmung der öffentlichen Wege, noch gibt es erschöpfende Kriterien für deren Öffentlichkeit.[2]) In II, 14 § 21 bestimmt es: „Land- und Heerstraßen, die von Natur schiffbaren Ströme, die Ufer des Meeres und die Häfen sind ein gemeines Eigentum des Staates", und

[1]) Koch, Komm. z. ALR. S. 937 Anm. 2.

[2]) Schulz S. 5.

wie das allgem. Landrecht hier das Eigentumsverhältnis auffaßt, deutet es, wie schon früher hervorgehoben, allerdings ganz unklar, in II, 14 § 25 an: „dieses gemeine Eigentum ist den Domänen gleich zu achten". Also auch im preuß. allgem. Landrecht spielt die Frage nach dem Eigentum eine wesentliche Rolle für die Öffentlichkeit der Straßen. Und doch wäre es nicht richtig, wollte man als öffentlich nur solche Wege ansehen, deren Grund und Boden im Eigentum des Staates steht.[1]) Das ist sowohl vom Obertribunal, besonders in seinem Erkenntnis v. 12. 7. 1875,[2]) wie auch vom Oberverwaltungsgericht wiederholt entschieden worden.[3]) In den Entscheidungen in Bd. 12 u. 20 wird die Frage nach dem Eigentum eines Wegekörpers für die Eigenschaft der Öffentlichkeit als „bedeutungslos" und als „nicht entscheidend" gekennzeichnet. Grundlegend ist aber das in Bd. 5 wiedergegebene Erkenntnis, das seiner Wichtigkeit halber hier erwähnt sein mag; es lautet dort die hier einschlägige Stelle: „Der Umstand, daß der Grund und Boden, über welchen der Weg führt, im Privateigentum sich befindet, schließt . . . nicht aus, daß der Weg selbst ein öffentlicher sei, und ebensowenig bildet es für die Öffentlichkeit des Weges eine notwendige Voraussetzung, daß derselbe von demjenigen,

---

[1]) Ebenso Schultz S. 5; Rodatis S. 15.

[2]) StriethorstsArch. Bd. 95 S. 66 f.

[3]) OVG. Bd. 5 S. 236, Bd. 12 S. 271, Bd. 20 S. 219.

welcher ihn angelegt hat, den im allgemeinen zur Unterhaltung öffentlicher Wege verpflichteten Verbänden ausdrücklich übergeben oder von diesen Verbänden übernommen sei". Auf diese Ausführung scheint auch das Reichsgericht, das bei der Beurteilung eines öffentlichen Weges die Eigentumsfrage ebenfalls nicht als Kriterium ansieht, zurückzugreifen. Dieser Entscheidung entnehmen wir folgenden Passus: „Selbst wenn . . . die fragliche Straßenstrecke . . . von der Stadt nicht übernommen und dieselbe bisher vom Staate bezw. der Provinz unterhalten sei, so würde diese für das Eigentum des Straßenkörpers allerdings wesentliche Tatsache doch nicht ausschließen, daß diese Straßenstrecke neben ihrer Zweckbestimmung als Landstraße als städtische Straße dient".[1]) Und auch das Kammergericht hat sich ganz ausdrücklich dahin ausgesprochen, daß die Öffentlichkeit eines Weges dadurch nicht berührt werde, daß der Grund und Boden, über welchen ein Weg führt, sich im Privateigentum befinde und dies im Grundbuch eingetragen sei.[2]) Damit ist aber in fortlaufender Rechtsprechung von den höchsten Gerichtshöfen klar und überzeugend abgelehnt worden, der Eigentumsfrage bei der Charakterisierung des öffentlichen Weges eine ausschlaggebende Bedeutung beizulegen.

---

[1]) RG. in GruchotsBeitr. Bd. 27 S. 894.

[2]) KG. v. 21. 4. 1898 in DJZ. 1898 S. 434.

2. Ist der freie Verkehr auf der Straße wesentliches Merkmal für deren Öffentlichkeit?

Es ist dann weiter zu untersuchen, ob für den Begriff der Verkehrsstraße etwa der allgemeine Gebrauch seitens des Publikums eine bestimmende Rolle zu spielen vermag. In diesem Zusammenhange ist vor allem jene Vorschrift erwähnenswert, die sich in mehreren Wegeordnungen als Definition wiederfindet, und zwar zuerst in der hannoverschen Wegeordnung v. 28. 7. 1851. Sie ist wortgetreu in die Wegeordnung für die Provinz Sachsen v. 11. 7. 1891 übernommen und stimmt auch mit dem Inhalt des § 2 eines der neuesten Wegegesetze, der Wegeordnung für die Provinz Westpreußen v. 27. 9. 1905, überein. Bei der einheitlichen Fassung der hier interessierenden Bestimmung in den genannten drei Wegegesetzen entnehmen wir den in Frage kommenden Passus der Wegeordnung für die Provinz Sachsen, in der es in § 1 folgendermaßen heißt: „Öffentliche Wege sind solche, welche zu allgemeinem Gebrauche dienen und demselben nicht kraft Privatrechts entzogen werden können". Der allgemeine Gebrauch soll hiernach das erste positive Kennzeichen für einen öffentlichen Weg sein.[1]) Aber gleich gegen dieses erste Merkmal wendet sich Schultz,[2]) indem er den Ausdruck „Gebrauch" für unrichtig erklärt und an seiner Stelle das Wort

[1]) Bering, Rechte an öffentlichen Wegen S. 2.

[2]) Schultz S. 9.

„Verkehr“ als den einzig richtigen Ersatz in Vorschlag bringt. Dadurch, daß in dem Gesetzestext die Bezeichnung „Gebrauch“ Verwendung gefunden hat, ist der Anwendung der obigen Bestimmung nach seiner Meinung ein allzu freier Spielraum gelassen worden, den er darin erblickt, daß der „Gebrauch“ nicht allein den freien ungehinderten Zu- und Abgang des Publikums, sondern noch ein Mehr in sich begreife, wie die Benutzung des Weges, zum Abschneiden von Gras, Behüten und Bepflanzen mit Bäumen. Schultzes Erwägungen werden durch die von ihm angezogenen Beispiele einleuchtend gestützt. Denn sie führen zu der unabweisbaren Konsequenz, daß nach dem Wortlaut des Textes jederzeit die Möglichkeit gegeben ist, daß jemandem auch auf privatrechtlicher Grundlage gewisse Befugnisse, wie etwa der angeführten Art, an einem öffentlichen Wege eingeräumt werden können. Daraus folgt weiter, daß in solchem Falle Einwirkungen, die zwar in dem Wortlaut jener Gesetzesbestimmung — dem allgemeinen Gebrauch — ihre Grundlage fänden und darum von jedermann vorgenommen werden könnten, die aber zugleich einen Eingriff in das Privatrecht eines anderen bedeuten würden, von dem jeweils Berechtigten kraft des ihm etwa eingeräumten oder zustehenden Sonder- (Privat-) Rechts ausgeschlossen werden können. Das beweist aber, daß der Gesetzgeber mit der Aufnahme des Ausdruckes „Gebrauch“ in den Text der obigen Gesetzesstelle keine glückliche Wahl getroffen

hat. Daher empfiehlt es sich, der von Schultz gegebenen Anregung zu folgen und zur klareren Begrenzung der Öffentlichkeit des Weges den Gebrauch mit dem „Verkehr“ zu vertauschen.[1]) Auch in der Praxis ist der hier gerügte Mangel erkannt und vom Oberverwaltungsgericht in vielen Entscheidungen berücksichtigt worden,[2]) die dafür Zeugnis ablegen, daß es für die Frage nach der Öffentlichkeit eines Weges nicht den Gebrauch, sondern lediglich den Verkehr in Betracht ziehen will.

Allerdings kann nun die Tatsache des Verkehrs allein, d. h. die wirkliche Benutzung oder der freie ungehinderte Zu- und Abgang seitens des Publikums für die Öffentlichkeit eines Weges auch noch kein entscheidendes Merkmal abgeben.[3]) Denn wenn auch der Eigentümer einer Sache, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann (§ 903 BGB.), so kann dennoch kein Zweifel darüber obwalten, daß es auch Wege gibt, die offenbar in Privateigentum stehen und dennoch tatsächlich und ihrer besonderen Bestimmung entsprechend dem allgemeinen Verkehr unterliegen. Bereits in ALR. II, 15 § 1 findet sich die Bestimmung, daß der freie

[1]) Ders. A. v. Eschtruth S. 19/20; v. Kutzschenbach S. 3/4.

[2]) OVG. Bd. 29 Nr. 34 S. 231, Bd. 37 Nr. 36, Bd. 27 Nr. 29, Bd. 32 Nr. 33.

[3]) Schultz S. 9.

Gebrauch der Land- und Heerstraßen zum Reisen einem jeden gestattet werden soll, und in I, 22 §§ 63, 64, daß gebahnte Fußwege auf offenen Feldern zwar jedermann betreten darf, daß jedoch der Eigentümer des Fußsteiges den öffentlichen Verkehr beliebig verbieten kann, und daß dann die freie Passage aufhört. So hat z. B. das Oberverwaltungsgericht[1]) die Zugangswege zu den Bahnhöfen ebensowenig für öffentliche Wege im Sinne des Wegerechts erklärt wie den Bahnkörper selbst, dessen Bestimmung sie teilen, und sie vielmehr als Privatwege in dem Sinne betrachtet, wie es das Bahnunternehmen überhaupt als ein Unternehmen privaten Charakters ansieht. Beschränkungen des allgemeinen Gebrauchs nach der Eigenschaft des Weges als Trift-, Fahr-,[2]) Fußweg oder nach einer besonderen Bestimmung als Mühlen-, Kirch-, Schul-, Radfahr-, Reitweg oder Automobilstraße usw. heben den Begriff des öffentlichen Weges keineswegs auf. Ebensowenig wird der Begriff dadurch grundsätzlich geändert, daß der Weg etwa dem öffentlichen Verkehr vorübergehend verschlossen wird, so bei Wege- oder Kanalisationsarbeiten, öffentlichen Aufzügen, in Fällen gemeiner Gefahr, wie Feuersbrünsten, Wassersnot und ähnlichen Ereignissen; ein zeitweiliger Hinwegfall des allgemeinen Gebrauchs

[1]) vgl. OVG. Bd. 10 S. 217.

[2]) Die Bestimmung eines öffentlichen Weges zum Fahren schließt diejenige zum Fußverkehr regelmäßig in sich. Gruchots Beitr. Bd. 24 S. 508; PrVerwBl. Bd. 10 S. 273.

überhaupt wird die Eigenschaft eines Weges als eines öffentlichen höchstens für die mehr oder minder kurze Dauer der Verkehrsentziehung in den Hintergrund treten lassen können. In solchen Fällen handelt es sich in der Regel nur um die Beobachtung von Polizeivorschriften, die im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gegeben sind. Es hat sich also ergeben, daß ein Unterschied zwischen öffentlichen und privaten Wegen hinsichtlich ihrer Benutzung grundsätzlich nicht vorhanden ist, vielmehr die Benutzungsbefugnis so lange eine gleiche ist, als nicht der Eigentümer die Benutzung seines Weges verbietet. Man kann deshalb bei der Bestimmung des Begriffes der Öffentlichkeit eines Weges ganz allgemein die Tatsache der Benutzung nicht als ausschlaggebendes Merkmal kennzeichnen. Darum sind alle diejenigen Definitionen des moderneren Rechts, die diesen Gesichtspunkt als entscheidend hinstellen wollen, als verfehlt oder mindestens, wie Schultz es tut,[1]) als „ungenau“ zu bezeichnen.

3. Ist die Herrschaft über den Verkehr ausschlaggebend für die Öffentlichkeit der Straße?

Als Grundgedanke für die Begriffsbestimmung der Verkehrsstraße läßt sich zunächst aus den Vorschriften des ALR. II, 15 §§ 1 ff. so viel entnehmen: öffentliche Wege sind diejenigen, auf denen der Verkehr jedermann freisteht, soweit der Staat diesen Verkehr nicht beschränkt.

[1]) Schultz S. 8.

Als Staat im Sinne des § 2 kann nur die Polizei in Frage kommen, wie sich aus ALR. II, 17 § 10 ergibt; danach ist der Polizei ganz allgemein die Aufgabe zugefallen, für das öffentliche Wohl des Publikums, für Ruhe, Sicherheit und Ordnung Sorge zu tragen. Aus ALR. II, 15 § 11 geht dann weiter hervor, daß das auch hinsichtlich der öffentlichen Wege zutrifft. Bereits im römischen Recht war es Aufgabe der Straßenpolizei, die öffentlichen Wege in dem zum Gemeingebrauch dienlichen Zustande zu erhalten;[1]) diese Aufgabe hat die Polizei auch jetzt noch, wobei die Wegepolizei regelmäßig von der Ortspolizeibehörde verwaltet wird.[2]) So fallen nach § 6 Ziff. b preuß. Gesetzes v. 11. 3. 1850 der ortspolizeilichen Fürsorge und Regelung anheim: Ordnung, Sicherheit und Leichtigkeit der Verkehrs auf öffentlichen Straßen usw. Zur Aufrechterhaltung der Gebrauchsfähigkeit der den öffentlichen Verkehr dienenden öffentlichen Sachen ist die Polizei befugt, Verfügungen zu erlassen, die sich sowohl gegen den Eigentümer der Sache als auch gegen dritte Personen richten können. In den §§ 55, 56, 57 ZustG. v. 1. 8. 1883 haben dann die Befugnisse der Wegepolizei ihre nähere Regelung gefunden. Daß im übrigen bei der Entstehung eines öffentlichen Weges auch die Mitwirkung der Polizei erforderlich[3]) und in der förmlichen Verkehrsübergabe

[1]) vgl. u. a. l. 2 §§ 17, 24 D. 43, 8.

[2]) vgl. v. Brauchitsch Anm. 7 zu Titel 11 ZustG.

[3]) OVG. v. 29. 4. 1890 im PrVerwBl. Bd. 11 S. 545.

die Gestattung der allgemeinen Benutzung unter Zusicherung des verkehrssicheren Zustandes enthalten ist,[1]) kann nicht schon ausschlaggebendes Erkennungszeichen für dessen öffentlichen Charakter sein. Den vollends durchgreifenden Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Wege ergibt erst ALR. II, 15 § 2 in Verb. mit ALR. I, 22 § 64, aus denen erhellt, daß die Herrschaft über den Verkehr auf öffentlichen Wegen die Polizei, auf Privatwegen der Privatberechtigte ausübt; entscheidend ist also lediglich die Person, welche die Bestimmung über den Verkehr zu treffen hat. Geschieht das von seiten der Polizei, dann erhält der Weg den Charakter eines öffentlichen, findet dagegen diese Bestimmung in dem Willen eines Privatberechtigten ihre Begründung, dann wird man den Weg als einen Privatweg ansprechen müssen.[2]) Es kann ein Weg dann nicht öffentlich sein, wenn er von dem Eigentümer nach seinem Ermessen geschlossen gehalten werden kann.[3]) Allerdings darf man bei alledem nicht außer acht lassen, daß die Polizei auch auf solchen Wegen, die der Verkehrsherrschaft einer Privatperson unterstehen, die Durchführung von Maßnahmen veranlassen kann, die im Interesse etwaiger verkehrsberechtigter Passanten liegen. So kann sie

---

[1]) RG. in GruchotsBeitr. Bd. 45 S. 630, Bd. 46 S. 426; JW. 1903 Beil. S. 108.

[2]) Behring, Öffentlicher Weg S. 2; Schultz S. 10; Rodatis S. 17.

[3]) Germershausen Bd. 1 S. 9.

beispielsweise darauf hinwirken, daß zur Vermeidung von Unfällen ein solcher Weg in ordnungsmäßigem, d. h. verkehrssicherem Zustande sich befinde oder bei Dunkelheit mit ausreichender Beleuchtung versehen werde u. dgl.; Einzelanordnungen dieser Art entspringen aber lediglich den allgemeinen Aufgaben der Polizei, und darum muß sie auch der mit der Verkehrsherrschaft über einen Weg ausgestattete Private sich gefallen lassen, ohne daß im übrigen dadurch seine Herrschaftsrechte oder der rechtliche Charakter des Weges im mindesten beeinflußt würden.

Unter Berücksichtigung alles des in diesem ganzen Teile der Abhandlung Ausgeführten ergibt sich also als Begriffsbestimmung des öffentlichen Weges und damit der Verkehrsstraße für uns: Verkehrsstraßen sind öffentliche, d. h. dem allgemeinen Verkehr erschlossene Wege, auf denen die Herrschaft über den Verkehr bei der polizeilichen Gewalt des Staates ruht.[1])

[1]) Sehr nahe kommt unserem obigen Gedanken der § 2 Abs. 1 der Wegeordnung für die Provinz Posen v. 15. 7. 1907, in welchem es heißt: „Öffentliche Wege sind Wege, die mit öffentlichrechtlicher Wirksamkeit dem allgemeinen Verkehr gewidmet sind". Auch in dieser Definition sollte wohl durch die Worte „dem allgemeinen Verkehr gewidmet" berücksichtigt werden, daß, wie es das Oberverwaltungsgericht verlangt, die Wegepolizeibehörde bei der Begründung eines öffentlichen Weges mitzuwirken hat, und weiter durch die Worte „mit öffentlichrechtlicher Wirksamkeit" zum Ausdruck gebracht werden, daß der Verkehr auf öffentlichen Wegen jeder privatrechtlichen Einwirkung verschlossen ist und lediglich von der polizeilichen Gewalt des Staates beherrscht wird.

Dritter Teil.

Der Gemeingebrauch an den öffentlichen Sachen, insbesondere an der Verkehrsstraße.

Wie wir schon gleich am Anfang unserer Ausführungen hervorhoben, haben wir in unserer Abhandlung von einer Untersuchung des Anliegerrechts abgesehen und vielmehr dem Rechte des Gemeingebrauchs den Vorrang eingeräumt. Das mußte einmal deswegen geschehen, weil wir die obwohl für die Verkehrsstraßen sonst so bedeutsame Frage des Anliegerrechts schon mehr als ausreichend behandelt und nach allen nur denkbar möglichen Gesichtspunkten hin beleuchtet fanden, sodann aber auch weil der Zweck dieser Betrachtungen vor allem anderen in den Interessen der Allgemeinheit und nicht, wie es bei dem Anliegerrecht der Fall ist, in denen des wesentlich enger begrenzten Kreises der Grundstückseigentümer gipfeln sollte.

Bei der Behandlung des Gemeingebrauchs werden wir, entsprechend unserem Thema, vorzugsweise nur auf seinen Zusammenhang mit den öffentlichen Verkehrsstraßen einzugehen haben und werden daher von einer Erörterung seiner Verbindung mit der Rechtslage anderer

öffentlichen Sachen, insbesondere der Wasserverkehrswege, der öffentlichen Flüsse, insoweit gänzlich absehen, als es ohne Beeinträchtigung seiner juristischen Natur unbedenklich geschehen kann.

Es liegt in der Natur der Sache, daß die einzelnen Phasen der allgemeinen Rechtsentwicklung wie an manchen anderen Rechtsinstituten so auch an dem Gemeingebrauch nicht vorübergegangen sind, ohne merkbare Spuren ihrer Zeit zurückzulassen und ihre Einwirkung geltend zu machen. Das äußert sich dann vor allem auch in der verschiedenartigen Beurteilung des Gemeingebrauchs während seiner verschiedenen Entwicklungsmomente und der daraus im weiteren resultierenden Unstimmigkeit bei der Angrenzung einer Begriffsbestimmung. Die Ansichten über seine rechtliche Qualifikation haben sich stets weit voneinander entfernt, und wenn auch die herrschende Meinung in der Beurteilung wenigstens der allgemeinen Natur — als einer von öffentlichrechtlichen Grundsätzen beherrschten — Übereinstimmung zeigt, so weist sie doch noch in Einzelheiten so mannigfache Abweichungen auf, daß Unstimmigkeiten zwar nicht mehr so prinzipieller Art wie früher bestehen, aber doch immerhin noch vielfach vorhanden sind.

Wir werden im folgenden darzutun versuchen, welcher von den mannigfaltigen Auffassungen der Vorzug zu geben ist, können es aber nicht umgehen, zuvor noch einige kurze Bemerkungen über allgemeine Begriffsmerkmale des Gemeingebrauchs vorauszuschicken.

1. Allgemeine begriffliche Merkmale des Gemeingebrauchs.

Zunächst ist der Umstand zu erwähnen, daß in manchen Gegenden ein Entgelt für die Benutzung mancher dem öffentlichen Verkehr dienenden Sachen zu entrichten ist, so bei Brücken oder Chausseen, sogenanntes Brücken-, Chaussee- oder Wegegeld. Dieses Entgeld hat nun aber, wie das Reichsgericht, grundlegend und allgemein anerkannt, in einem früheren Erkenntnis festgelegt hat, keine andere Bedeutung als lediglich die einer dem Staate bezw. der betreffenden öffentlichen Korporation zu leistenden Abgabe[1]) — als eines Ausflusses des staatlichen Hoheitsrechts, obgleich ALR. II, 14 § 24 die Nutzungsrechte an gemeinem Staatseigentum zu den niederen Regalien rechnet —, deren Bestand im übrigen den öffentlichen Charakter dieser dem Gemeingebrauch dienenden Verkehrsmittel keineswegs in Frage zu ziehen vermag. Daraus geht einerseits hervor, daß ein etwa verlangtes Erfordernis der Unentgeltlichkeit bei der Charakterisierung des Gemeingebrauchs keine Rolle spielen kann, andererseits läßt sich aber daraus mühelos die Erkenntnis schöpfen, daß alle diejenigen Sachen, deren Gebrauch dem einzelnen erst durch die Verschaffung eines besonderen Rechts ermöglicht und gewährleistet wird, sei es durch einen besonderen Vertragsschluß

---

[1]) RG. v. 16. 12. 1882 Bd. 9 S. 243 ff.

— selbst wenn zu diesem der Eigentümer, wie beim Besuch unserer Theater, bereit oder, wie bei Benutzung unserer Eisenbahnen, der Unternehmer dazu sogar verpflichtet sein mag — sei es durch den Nachweis einer gewissen Qualifikation, wie etwa bei Schulen mit unentgeltlichem Unterricht, außerhalb des Gemeingebrauchs stehen.[1])

Da nun aber die Benutzung einer im Gemeingebrauch befindlichen Sache nicht erst von einer besonderen, obschon vielleicht nicht versagbaren Zulassung der Berechtigten im einzelnen Fall abhängig gemacht werden kann, müssen notwendigerweise alle Berechtigten gleichmässig an dem Gemeingebrauch teilzunehmen befugt sein. Dabei ist zu beachten, daß im allgemeinen über Umfang und Inhalt der Gebrauchsberechtigung meist bei ihrer Begründung nähere Bestimmungen getroffen werden. Ist das aus irgendwelchen Gründen unterblieben, so müssen hier besonders was den Inhalt anlangt, teils die ortsübliche Gepflogenheit, teils die natürliche Beschaffenheit und Zweckbestimmung der Sache den Ausschlag geben. Etwas anders liegt es aber bei dem Umfang. In welchem Maße hier jeder einzelne Gebrauchsberechtigte innerhalb der ihm nach dem oben Gesagten allgemein verbleibenden Handlungsfreiheit von der eingeräumten Benutzungsbefugnis Gebrauch machen will, ist individuell ganz verschieden; ausschlaggebend

---

[1]) Bekker, Pand. Bd. 1 S. 339 Anm. m.

werden dafür Zahl und Art der auf die Ausnutzung des Gemeingebrauchs gerichteten Wünsche des einzelnen Berechtigten sein. Wenn also ein öffentlicher Weg nur für eine bestimmte Verkehrsart eingerichtet ist, z. B. nur für Fußgänger oder Reiter oder Radfahrer, so ist hier durch den Gemeingebrauch grundsätzlich ein gleiches Recht für alle Benutzungsbefugten begründet.[1]) Wert zu legen ist hierbei vor allem auf die allgemeine Charakterisierung dieser Benutzungsbefugnis als eines Rechts, denn damit wird zunächst jedem Zweifel, der den Gemeingebrauch etwa nur als einen tatsächlichen Zustand oder tatsächliche Möglichkeit erscheinen lassen könnte, Grund und Boden entzogen, weiter aber gleichzeitig dadurch auch zum Ausdruck gebracht, daß der Gemeingebrauch als eine auch mit dem Schutz durch Rechtsmittel ausgestattete rechtliche Befugnis angesehen werden muß.[2]) Soviel zunächst im allgemeinen von den begrifflichen Bestandteilen des Gemeingebrauchs; wir kommen nun zur Betrachtung seines inneren Gehaltes, seiner juristischen Natur.

---

[1]) Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 421.

[2]) Im Gegensatz hierzu beharren Jellineck, System S. 74 und Anschütz, VerwArch. Bd. 5 S. 109f., von philosophischen Erwägungen ausgehend, auf der Ansicht, daß der Gemeingebrauch lediglich eine Tatsache, eine bloße „Reflexwirkung", wie sie es nennen, sei.

2. Rechtliche Natur des Gemeingebrauchs.

Einige Schriftsteller haben den Gemeingebrauch als ein „Privatrecht“ [1]) angesehen, andere in ihm eine „Vermischung von privatem und öffentlichem Recht“ [2]) erkennen wollen, die weitaus größere Anzahl aber hat ihn als ein „öffentliches Recht“ [3]) gekennzeichnet. Um ein klares Bild über den rechtlichen Charakter des Gemeingebrauchs zu gewinnen, wird man daher die verschiedenen Urteile über ihn kennen lernen und prüfen müssen.

a) Privatrecht?

Wie sieht nun der Gemeingebrauch in der Auffassung der Schriftsteller aus, die in ihm ein Privatrecht erblicken? Daß dieses Privatrecht nicht als ein persönliches, sondern allgemein als ein dingliches Recht anzusprechen ist, von dieser Annahme gehen sie alle aus; im übrigen aber zeigt die Konstruktion dieses Privatrechts bei den einzelnen erhebliche Abweichungen.

---

[1]) Ubbelohde Teil 2 S. 535 f., Teil 4 S. 174; Bekker, Pand. Bd. 1 S. 337 f.; Jhering, Gutachten S. 38.

[2]) Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 419; Hahn S. 408 u. 16 f.; Bolze S. 75 f.

[3]) Gierke, GenTh. S. 193 f.; Dernburg, Preuß. Recht Bd. 1 S. 139; Mayer S. 111 f.; Cosack bei Gerber § 52 Anm. 19; Hirsekorn S. 42; Rosenfeld S. 24; Eisele S. 27; Stengel, Verwaltungsrecht S. 55; Sarvey S. 105 f.

So bezeichnet Ubbelohde das Recht auf die Benutzung der Sachen im Gemeingebrauch als ein dingliches, einem servitutischen Nutzungsrecht sehr ähnliches Recht.[1]) Er geht zur Begründung seiner Ansicht von dem durch das gemeine Recht umgestalteten Charakter der römischen Popularklagen zum Schutze des Gemeingebrauchs aus. Im römischen Recht wurde neben dem polizeilichen Schutz für die Sachen im Gemeingebrauch noch ein besonderer Schutz durch die Bürger ausgebildet. Je mehr klagen können, um so eher glaubt der Staat seinen Vorteil zu finden, mit ihren Interessen wahren die Bürger das Recht des Staates: loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, iure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque (l. 2 § 2 D. 43, 8), rei publicae interest quam plurimos ad defendendam „suam causam" admittere. Darum kann jeder Bürger opus novum nuntiare, si in publico aliquid fiat (l. 4 D. 39, 1). Eingetretene Verschlechterungen der viae rusticae kann jeder mit dem Popularinterdikt angreifen und rückgängig machen, selbst dann, wenn er persönlich daran gar nicht weiter interessiert ist, drohende Schädigungen, der, welcher durch sie betroffen wird, l. 2 pr. D. 43, 8, Störungen des Gemeingebrauchs werden durch ein nur gelegentlich erwähntes und wahrscheinlich außer Übung gekommenes Interdikt abgewehrt (l. 2 § 45 D. 43, 8); regelmäßig greift hier die actio iniuriarum Platz (l. 13 § 7 D. 47, 10, l. 2 § 9 D. 43, 8).

[1]) Ubbelohde Teil 4 S. 174.

Ganz anders dagegen im gemeinen Recht, hier haben sich Theorie und Praxis auf den Standpunkt gestellt, daß die Popularinterdikte nur noch soweit Geltung haben sollen, als sie allein dem privaten Interesse des einzelnen Klägers Schutz gewähren, also mit anderen Worten: gerade soweit, als sie des popularen Charakters entbehren. Sie verfolgen ausschließlich das Vermögensinteresse, daß der einzelne an ungehinderter Ausübung des Gemeingebrauchs hat.[1]) Damit hätte man sich aber nach Ubbelohde von der römischen Auffassung des Gemeingebrauchs, als eines durch das Bürgerrecht bedingten Anspruchs, abgewendet und ein wirkliches Privatrecht des einzelnen geschaffen, das nur als ein dingliches angesehen werden dürfe.[2]) Er bezeichnet dann sein Recht auch noch schlechthin als eine „Quasiservitut", ohne aber daß dadurch seine Konstruktion etwa an Klarheit und Überzeugungsfähigkeit gewönne, eher im Gegenteil; denn, wie man sich die Beschaffenheit seiner Quasiservitut zu denken hat, läßt sich überhaupt nicht erklären, das bleibt sein Geheimnis. Ist sie als eine Grundgerechtigkeit oder ist sie als eine persönliche Dienstbarkeit gedacht? Für die Annahme einer Grundgerechtigkeit bietet sich nirgends ein Stützpunkt, er selbst will auch offenbar gar nichts davon wissen, denn sonst könnte er nicht an einer anderen

[1]) Ubbelohde Teil 4 S. 173 (RG. Bd. 1 S. 156, Bd. 6 S. 159, Bd. 8 S. 134, Bd. 15 S. 132, Bd. 16 S. 144, Bd. 21 S. 191).

[2]) Ubbelohde Teil 4 S. 501, Teil 3 S. 535.

Stelle[1]) das ius civitatis zur Grundlage für den Anspruch auf den Gemeingebrauch machen und schließlich noch auf das nachdrücklichste feststellen, daß der Gemeingebrauch und eine servitus viae voneinander grundverschieden seien. Bleibt die Annahme einer persönlichen Dienstbarkeit, und hier wird Ubbelohde sein eigener Gegner, denn diesen Gedanken weist er dadurch von der Hand, ... daß er einen Nießbrauch an den res publicae in publico usu nicht gelten lassen will, weil dem Nießbraucher gegenüber der Eigentümer in einer den Nießbrauch gefährdenden Weise weder tatsächlich noch rechtlich über eine Sache verfügen darf, der Staat oder die Gemeinde dagegen sehr wohl jederzeit ein solches Verfügungsrecht über jene Sache haben, und daher einen zeitweilig etwa gewährten usus publicus mehr oder minder schmälern, ja sogar gänzlich wieder aufheben können.[2]) Wie man demnach aber auch immer über Ubbelohdes Quasiservitut denken mag, jedenfalls ist die Konstruktion seines Privatrechts schließlich von einem Kardinalfehler, der sie dann auch zu Fall bringt, nicht freizusprechen, und der besteht darin, daß Ubbelohde den Charakter der Popularinterdikte nicht richtig beurteilt Ihre Grundlage bildet nicht etwa das Recht des in seinem Gebrauche gestörten einzelnen, sondern sie beruhen lediglich auf magistratischen Verboten und Geboten. Und danach kann man ein Recht auf Behauptung des

[1]) Ubbelohde Teil 4 S. 38.

[2]) Ubbelohde Teil 4 S. 62.

Gebrauchs nur mittelbar zur Geltung bringen, insoweit nämlich, als man auf Grund eines solchen obrigkeitlichen Verbotes selbst Gebrauchsstörungen zu untersagen in der Lage ist.[1])

Nicht minder verfehlt erscheint Bekkers Auffassung. Er hält den Gemeingebrauch für ein dingliches Recht, das er ein „Recht besonderer Art“ nennt[2]) und in zwei Bestandteile zerlegt. Der eine ist jene Anzahl von Einzelrechten, die als Ganzes genommen, das Eigentum an den öffentlichen Sachen beschränken. Dieser Beschränkung steht keine Berechtigung ausgleichend gegenüber. Es bezeichnet diesen Teil, da niemand existiert, der das beschränkende Moment geltend machen und demgemäß auch auf die Geltendmachung verzichten kann, als eine „rein objektive Gebundenheit“.[3]) Der andere Bestandteil ist das subjektive Gemeingebrauchsrecht, dieses ist nach seiner Ansicht ein dingliches, und zwar von besonderer Art deswegen, weil es vom einzelnen nicht erworben, nicht verloren und daher auch nicht übertragen werden kann, sondern jedem für die Dauer des Gemeingebrauchs ohne weiteres zufällt. Er bezeichnet es als ein Recht von Geldwert, das aber dennoch kein Vermögensrecht ist. Bekker selbst hat schon auf Schwächen in seiner Theorie hingedeutet, wenn er von ihr sagt, sie sei „noch unfertig, weil

[1]) vgl. Brinz, Pand. Bd. 1 S. 465.

[2]) Bekker, Pand. 1 S. 342,

[3]) Bekker Bd. 1 S. 336, 338 N. g.

das Wesen der rein objektiven Gebundenheit zu wenig bestimmt sei". Praktisch bedeutungslos und unhaltbar aber wird seine Schöpfnng hauptsächlich deswegen, weil es ihr auch an dem durchgreifenden typischen Merkmal und unerläßlichen Erfordernis eines jeden Privatrechts mangelt; der exklusiven Berechtigung; d. h. es fehlt ihr, wie Wappäus sagt, „die Beziehung auf ein bestimmt berechtigtes Subjekt mit Ausschließung aller anderen Privatrechtssubjekte an dessen Rechtssphäre".[1])

Interessant aber eigenartig ist Jherings Gedankengang, von dem er sich bei der rechtlichen Beurteilung des Gemeingebrauchs leiten läßt. Und das Endresultat? Ein privates Recht, gewaltsam hineingezwängt in den gedrängten Kreis der „Rechte an den Sachen"! Mit selbstherrlicher Willkür — einen andern Weg vermag er auch seinen Gedanken nicht zu weisen — zerlegt er den ihm für seinen Zweck zu engen Begriff des Rechtes überhaupt in zwei Teile. „Individualrecht" nennt er den einen, der für ihn das „bisherige" Privatrecht ist, charakterisiert durch das Moment der Ausschließlichkeit, „Gemein- oder Gesamtrecht" den anderen, gekennzeichnet durch das Fehlen der exklusiven Berechtigung. Und seltsamerweise in die letzte Kategorie verweist er das Recht des Gemeingebrauchs und — was hier scheinbar interesselos aber dennoch höchst beachtenswert für die Kritik seiner Ideen ist — die Rechte der Destinatäre

[1]) Wappäus S. 79.

einer milden Stiftung.[1]) Bei diesem Recht der Destinatäre müssen wir zünächst verweilen; denn hier setzt das erste Bedenken gegen seine Konstruktion ein. Wenn er nämlich deren Recht in das Gemeinrecht klassifiziert, dann kann dieses unmöglich für ihn noch ein in sich festgeschlossener Begriff sein. Denn das Recht der Destinatäre kann nun gerade am wenigsten als ein durch das Gemeinrecht bestimmtes Recht bezeichnet werden, wurzelt es doch vielmehr lediglich in dem Individualrecht. Gerade die Rechte der Destinatäre erfreuen sich in vollem Umfange des Erfordernisses der Ausschließlichkeit, da die Destinatäre ihre Ansprüche ebenso wie gegen ihre einzelnen Genossen, so auch gegen die Stiftung selbst geltend machen können. Es muß also das Recht der Destinatäre sicherlich aus dem Gemeinrecht ausscheiden, das dann nur noch zu dem Gemeingebrauch in Beziehung gebracht werden kann. Wollte man aber Jhering folgen, dann würde man noch manches andere Recht in die Zahl der Privatrechte einreihen können, indem man diesen Begriff ohne Rücksicht auf die scheidenden Merkmale in dem jeweils erwünschten Sinne ausdehnte.[2])

Und wie sieht es in Jherings Individualrecht aus? Hier, sagt er, sei der einzelne genau so gestellt wie der Eigentümer seiner Sache gegenüber.[3]) Dieser

[1]) v. Jhering, Geist Bd. 3 S. 363f.

[2]) vgl. Schäfer S. 29.

[3]) Jhering, Gutachten S. 38.

Gedanke läßt sich nur erklären, wenn man Jherings eigenartiger Anschauung von dem Wesen der juristischen Person nachgeht. Nach seiner Auffassung soll nämlich nicht die juristische Person selbst, sondern deren einzelne Mitglieder die Rechtssubjekte sein. Mit dieser Vorstellung verläßt er den Boden der historischen Entwicklung. Und wie nachteilig dieser Schritt für den Bestand und die praktische Anwendbarkeit seiner Konstruktion ist, zeigt sich mit unabweisbarer Deutlichkeit, wenn man Jherings alten Gegner Dernburg hierzu hört. Mit dem ausdrücklichen Hinweis darauf, daß man die verschiedene Benutzung der öffentlichen Sachen zum öffentlichen Dienste keinesfalls unbeachtet lassen dürfe, beleuchtet er die Fehlerhaftigkeit der Jheringschen Theorie mit dem treffenden Beispiel von den Gefängnissen, hier seien die Gefangenen ohne Zweifel die Destinatäre, aber niemand werde wohl auf den Gedanken kommen, sie auch für die an den Gefängnissen Berechtigten zu halten.[1]) Und zu welchen Konsequenzen Jherings Ansicht unter Umständen führen kann, zeigt sich auch im Rahmen unserer Ausführungen, denn wir würden dem eigenartigen Resultat gegenüberstehen, daß jemand an einer Sache, deren Subjekt er selbst ist, ein ius in re aliena besäße und geltend machen könnte, juristisch ein Nonsens!

---

[1]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 59 S. 121 Anm. 5.

Die Haltlosigkeit der Jheringschen Theorie tritt also hier schon klar zutage und sie wird auch dadurch nicht behoben, daß er später an anderer Stelle als Subjekt des Gesamtrechts die Menge der Berechtigten unter der Bezeichnung „Gesellschaft" auftreten läßt.[1]) Es fragt sich, was Jhering unter dieser „Gesellschaft" versteht. Soviel ist jedenfalls klar, damit sie rechtsverbindlich handeln kann, muß sie sich rechtlich als ein organisch festgefügtes, geschlossenes Ganzes charakterisieren, also entweder als Korporation oder als societas in Erscheinung treten. Das ist aber bei Jherings „Gesellschaft" keineswegs der Fall, denn sie zeigt weder die Merkmale der einen noch der anderen Rechtsform. Das führt zu dem Schluß, daß die von ihm „Gesellschaft" genannte Menge der Berechtigten nichts anderes sein kann als das gebrauchscerechtigte Publikum. Nun kann aber das Publikum als solches nicht Rechtspersönlichkeit sein, da es keine abgegrenzte Gesamtheit ist und mangels jeden organischen Zusammenhanges nicht als Subjekt eines Rechts erscheinen kann.[2]) Daraus folgt weiter, daß, weil er nun einmal die „Gesellschaft" als gebrauchsberechtigt hinstellt, es in Wirklichkeit seinem Rechte an einem Subjekte fehlt. Damit hat er seiner eigenen

[1]) Jhering, Der Zweck im Recht Bd. 1 3. Aufl. S. 467.

[2]) vgl. Simon u. v. Strampf Bd. 4 S. 287 ff. und RG. in JW. 1908 S. 576: Publikum ist eine Mehrzahl von unbestimmt welchen und wievielen Personen im Gegensatz zu einem individuell bestimmten, abgeschlossenen Personenkreise.

Theorie das Grab gegraben. Sie läßt sich nun nicht mehr mit seinen eigenen Ausführungen an einem anderen Orte in Einklang bringen, wo er selbst sagt, daß es eine der unbestreitbarsten, selbstverständlichen Wahrheiten sei, daß Rechte und Verbindlichkeiten ohne Subjekt nicht existenzfähig seien.[1]) Wir wenden uns nunmehr von der Ansicht der Hauptvertreter eines reinen Privatrechts ab und schließen diesen Teil mit der Feststellung, daß an einen privatrechtlichen Charakter des Gemeingebrauchs jedenfalls nicht zu denken ist.

b) Vermischung von öffentlichen und privaten Rechtssätzen.

Wir kommen jetzt zu derjenigen Gruppe von Theorien, die in dem Gemeingebrauch eine Vermischung von privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Grundsätzen erkennen zu müssen glaubt. Wie stark dieser zweifache Charakter hier im einzelnen in Erscheinung und Wirkung tritt, darüber gehen bei seinen eigenen Schöpfern die Ansichten wieder mehr oder weniger auseinander.

So finden wir zunächst bei Regelsberger den Hinweis auf die Verbindung von öffentlichen und privaten Rechtselementen. Der Gemeingebrauch, sagt er, befriedige ein öffentliches Interesse, aber indem er unmittelbar den Privaten zugute komme, berührten sich in vielfacher und eigentümlicher Weise öffentliches und Privatinteresse, öffentliches und Privatrecht.[2])

---

[1]) Jhering, Jahrb. Bd. 10 S. 390.

[2]) Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 419.

Aber immerhin nähert er sich nach seiner Auffassung den ausgesprochen privatrechtlichen Konstruktionen noch am meisten. Für ihn begründet der Gemeingebrauch ein Recht für den einzelnen. Er charakterisiert es dann als ein Gebrauchsrecht weder übertragbar, noch durch Verzicht oder Nichtausübung verlierbar, vermittelt durch die Angehörigkeit zu der Rechtsgemeinschaft, zu deren Gunsten der Gemeingebrauch besteht. So kommt er schließlich zu einem Privatrecht und nennt es dann ein Sachenrecht eigentümlicher Art.[1])

Wie Regelsberger gerade eine solche Charakteristik zur Grundlage eines Privatrechts machen konnte, bleibt unverständlich. Sprechen doch die von ihm aufgestellten Merkmale, mag er auch noch soweit davon entfernt sein wollen, den Gemeingebrauch aus dem Privatrecht aus- und dem öffentlichen Recht zuzuweisen,[2]) durchaus gegen ihn. Wenn sein Recht sich nicht übertragen und nicht verlieren lassen soll, so fordert und bestätigt er damit die Abwesenheit der Ausschließlichkeit, während doch gerade, wie wir schon früher sahen, die exklusive Berechtigung von dem Begriff des Privatrechts absolut untrennbar ist. Die seinem Rechte beigelegte eigentümliche Art kann gar nichts anderes sein als das öffentlichrechtliche Moment des Rechts auf Gemeingebrauch. Ferner sind auch seine Feststellungen,

---

[1]) Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 422.

[2]) Regelsberger, Pand. Bd. 1 S. 426 Anm. 24.

daß die Zugehörigkeit zur Rechtsgemeinschaft dem einzelnen sein Recht erst vermittele, daß es ein mit dem Allgemeininteresse verbundenes ist, und endlich, daß zu seinem Schutze in erster Linie ein Eingreifen der Verwaltungsbehörden notwendig wird, alles weitere Momente, die nicht für die Berechtigung der Annahme eines überwiegenden Privatrechts zeugen, sondern seinem Rechte eher ein vorherrschend öffentlichrechtliches Gepräge geben. Ganz besonders aber nimmt Regelsberger schließlich noch dadurch gegen sich ein, daß er bei der Einreihung des Gemeingebrauchs in das Rechtssystem uns einem unlösbaren Widerspruch gegenüberstellt. Denn im Gegensatz zu seiner oben skizzierten Auffassung läßt er hier nicht mehr die zum Gebrauch berechtigten einzelnen als Subjekte der Berechtigung gelten, sondern räumt ihnen nur noch ein abgeleitetes Recht ein.[1])

Daß es sich bei dem Rechte des Gemeingebrauchs nur um ein den Realservituten ähnliches Recht handeln könne, diesen Gedanken verficht Hahn.[2]) Er muß zwar selbst schon zugeben, daß der dingliche Charakter desselben dem Staate und den Gemeinden gegenüber bei dem Mangel jeglichen Klageschutzes nicht zur Geltung gebracht werden kann, aber es soll doch der Gemeingebrauch wenigstens im Verhältnis der einzelnen zu-

---

[1]) a. a. O. S. 426.

[2]) v. Hahn S. 408f.

einander als dingliches Recht geschützt werden. Durch einseitige Verfügung des öffentlichrechtlichen Verbandes soll ferner seine Ausübung jederzeit verhindert werden können. Die enge Beziehung, in der Hahns Recht zu der von anderer Seite nicht mit Unrecht geforderten Zugehörigkeit der Gebrauchsberechtigten zur öffentlichrechtlichen Korporation steht, läßt sich ja nicht verkennen, aber der seiner Konstruktion gleichzeitig beigegebene privatrechtliche, dingliche Charakter birgt auch ihre Schwäche. Der Fehler, der ihr verhängnisvoll wird und ihre Verwendbarkeit illusorisch macht, ist der, daß das Wesen des dinglichen Rechts in ihr nicht hinreichend beachtet und gewürdigt wird. Denn nicht in der Wirkung nur einzelnen gegenüber, sondern eben in der Möglichkeit, es jedermann gegenüber zur Anerkennung bringen zu können, liegt die vorzüglichste Eigenschaft und Hauptwirkung des dinglichen Rechts, und gerade diesem wichtigsten Faktor, mit dem jedes dingliche Recht stehtund fällt, trägt Hahns Theorie gar keine Rechnung — zu ihrem Nachteil!

Es bleibt nun noch als eifrigster Vorkämpfer der Annahme eines Mischwesens beim Gemeingebrauch Bolze zu erwähnen, in dessen Auffassung der zwiefache Charakter sich am klarsten wiederspiegelt.[1]) Das ausschließende Recht der Gesamtheit und das ausschließende Privatrecht der einzelnen treffen nach seiner Ansicht

---

[1]) Bolze S. 75ff.

in dem Rechte des Gemeingebrauchs zusammen. Das öffentlichrechtliche Moment findet bei ihm darin seinen Ausdruck, daß der Gemeingebrauch auf Grund der Zugehörigkeit zur öffentlichen Korporation ausgeübt wird. Es stellt sich also als Niederschlag der in dem korporativen Verhältnis liegenden Beziehungen zwischen Staat und Gemeinden auf der einen und den einzelnen Mitgliedern auf der anderen Seite dar. Um dann die privatrechtliche Seite seiner Konstruktion hervortreten zu lassen, setzt er der Berechtigung der einzelnen Mitglieder weitere Grenzen. Die einzelnen sollen sich der öffentlichen Sachen insoweit sogar zu eigenen Zwecken bedienen dürfen, als es nicht in Beobachtung der für sie im Hinblick auf die Gesamtheit gebotenen Pflichten geschieht. Und darin offenbart sich hier der privatrechtliche Bestandteil der juristischen Natur seines Gemeingebrauchsrechts, nämlich, daß die einzelnen die Möglichkeit haben sollen, mit der Benutzung der öffentlichen Sachen auch ihre eigenen Interessen wahrzunehmen.

Was Bolze über die öffentlichrechtliche Natur des Gemeingebrauchs ausführt, kann aber keineswegs Billigung finden. Er will die öffentlichrechtliche Seite durch die Art der Benutzung der öffentlichen Sachen gekennzeichnet wissen, und zwar soll die Benutzung nur unmittelbar staatlichen Zwecken förderlich sein dürfen. Damit greift er also einfach in die Befugnisse der Berechtigten ein und beschneidet sie — seinem Zweck

entsprechend — nach Belieben dadurch, daß er zugunsten der Förderung von Staatszwecken die dem einzelnen Gebrauchsberechtigten allgemein verbleibende und individuell ganz verschiedene, auf die Befriedigung seines Gemeingebrauchsbedürfnisses abzielende Handlungsfreiheit kurzerhand einschränkt. Daß aber der einzelne in der Handhabung seines Gemeingebrauchsrechts volle Betätigungsfreiheit unbedingt erhalten muß, während es mit seinen damit verbundenen Interessen und Befugnissen unvereinbar ist, hier eine durch nichts als Willkür diktierte Einschränkung hinzunehmen, leuchtet schon um deswillen ohne weiteres ein, als Bolze selbst den Obliegenheiten der öffentlichen Verbände die Verpflichtung entnimmt, Verkehrsstraßen anzulegen, für ihre Instandhaltung zu sorgen und ihre Benutzung zu regeln und zu überwachen. Wenn also rechtliche Grundlage und Bestand des Gemeingebrauchs in den das körperschaftliche Rechtsverhältnis zwischen dem öffentlichrechtlichen Verbande, als juristischer Person und den einzelnen Angehörigen, den natürlichen Personen, regelnden Rechtsnormen zu suchen ist, so braucht darum noch lange nicht das Recht in seinen Einzelbeziehungen immer in untrennbarem Zusammenhange mit den speziellen Zwecken der Verbandsperson zu stehen.[1]) Des weiteren erübrigt es sich, hier nochmals auf die Gründe zurückzugreifen, die gegen die

[1]) Ebenso Rosenfeld S. 22.

Annahme eines Privatrechts beim Gemeingebrauch im allgemeinen sprechen, es wird der Hinweis auf die bisherigen Ausführungen hierüber genügen. Bemerkt sei aber dabei noch so viel, daß man Bolze besser verstehen wird, wenn man berücksichtigt, daß er unter dem Einfluß Jheringscher Ideen sich von einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zu dessen Theorie, die er für seine Zwecke und in seinem Geiste ausbaut und erweitert, nicht ganz frei machen kann. Das Für und Wider im einzelnen abzuwägen, ist hier nicht der Ort, jedenfalls geht aber auch er von einer eigenartigen Auffassung des Verbandsbegriffes aus, die ebenso wie bei Jhering nicht mehr auf dem Boden der historischen Entwicklung steht. Wir können also auch den Ansichten der Gruppe von Schriftstellern nicht beipflichten, die in dem Rechte des Gemeingebrauchs eine Vermischung von öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Grundsätzen haben erkennen wollen.

c) Öffentliches Recht?

Es bleibt nun noch zu prüfen, ob allein das öffentliche Recht die Grundlage für die juristische Natur des Gemeingebrauchs bildet. Wir nehmen das Ergebnis unserer Untersuchung vorweg und hoffen, indem wir feststellen, daß der Gemeingebrauch als ein Rechtsverhältnis zwischen gebrauchsberechtigten Individuen und Staat oder Gemeinden in den durch die körperschaftlichen Beziehungen geschaffenen öffentlichrecht-

lichen Normen seine Begründung findet, unsere Ansicht im folgenden des näheren zu rechtfertigen.

Es fragt sich, welcher Art sind die Rechtsbeziehungen, die zwischen einer öffentlichrechtlichen Verbandsperson und den in ihr vereinigten Einzelpersonen obwalten können? Es lassen sich da mit Gierke drei Kategorien unterscheiden: erstens wird „der organische Zusammenhang der beteiligten Subjekte durchweg ignoriert" — in diesem Falle bezeichnet man die Beziehungen als Individualrecht;[1]) zweitens wird er durchweg in Betracht gezogen — Beziehungen dieser Art nennt man Sozialrecht[2]) —; drittens wird er teilweise ignoriert und teilweise in Betracht gezogen[3]) — Beziehungen dieser dritten Kategorie heißen Verflechtung von Individual- und Sozialrecht.[4]) In der ersten Klasse können, wie es schon in der Bezeichnung als Recht des einzelnen Individuums zum Ausdruck kommt, für die rechtlichen Beziehungen zwischen der Verbandsperson und ihren einzelnen Angehörigen nur privatrechtliche Grundsätze in Betracht kommen, da Verbands- und Einzelperson hier eine völlig gesonderte, von einander unabhängige Stellung einnehmen. Jede von ihnen herrscht dann souverän über ein dem Machtbereich der anderen völlig entrücktes Gebiet rechtlicher Willensmacht, und insoweit scheidet

[1]) Gierke, GenTh. S. 176 f.
[2]) Gierke, GenTh. S. 181 f.
[3]) Gierke, GenTh. S. 176.
[4]) Gierke, GenTh. S. 188 f.

daher der Einfluß des durch die Organisation geschaffenen Zusammenhanges zwischen Verband und Mitglied rechtlich ganz aus.

Die dritte Art[1]) läßt nur die Anwendung von Grundsätzen teils öffentlichen, teils privaten Rechtes zu. In ihr prägt sich der organische Zusammenhang in der Form aus, daß Körperschafts- und Individualrecht gegenseitig abhängig sind und ergänzend ineinander eingreifen. Das entscheidende Merkmal der von einer solchen Verbindung beeinflußten Rechtsverhältnisse ist also ihre gleichzeitige Zugehörigkeit zu der durch den organischen Zusammenhang begründeten gliedmäßigen Rechtssphäre zu der davon abhängigen Sondersphäre; öffentlichrechtliche und privatrechtliche Normen vermischen sich.

In der zweiten Gattung dagegen greifen ausschließlich öffentlichrechtliche Normen Platz. Hier werden die Rechtsverhältnisse durch die Bestandteile eines verfassungsmäßig zusammengehörigen Inbegriffs von Rechtssphären gebildet. Ihr Wesen wird dadurch charakterisiert, daß die in ihr stehenden Subjekte nicht als selbständige und in sich geschlossene, sondern als organisch zum Ganzen gefügte Personen erscheinen, deren Rechte und Pflichten nicht in individualrechtlichen Normen, sondern unmittelbar in dem Verfassungsrecht des öffentlichen Verbandes ihre Begründung und Be-

[1]) Wir erwähnen diese aus Zweckmäßigkeitsgründen vor der zweiten.

grenzung finden. Für diese Art der Rechtsbeziehungen sind also einzig und allein Satzung und Wille der öffentlichen Korporation — und jede Willensäußerung muß zu ihrer Rechtswirksamkeit von den durch die Verfassung bestellten Organen in einer der Verfassung entsprechenden Form erfolgen — suprema lex. Öffentlichrechtliche Prinzipien bilden nach alledem Grundzug und Wesen dieser Art Rechtsbeziehungen.

Es hatte sich nun bisher ergeben, daß das Recht auf Gemeingebrauch weder ein Privatrecht noch eine Vermischung von privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Normen sein kann, es wird daher notwendigerweise in der letzterwähnten, zweiten Kategorie seinen Platz finden müssen. Freilich ist diese enge Beziehung zu der öffentlichen Körperschaft nicht immer richtig erkannt oder wenigstens nicht hinreichend gewürdigt worden, auch von denen nicht, die gleichwohl den öffentlichrechtlichen Charakter nicht gänzlich in Abrede stellen wollten und konnten. Man hat gemeint, daß doch nicht nur die einzelnen Glieder eines öffentlichen Verbandes die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch benutzen, sondern ebensogut jeder andere, der zu ihnen in Beziehung träte. Deswegen hat man das Recht jedem einräumen wollen und gesagt, das „Publikum“ sei hier gebrauchsberechtigt.[1]) Daß man aber mit der Einführung des Publikums als berechtigten Faktoren des Gemein-

[1]) Wappäus S. 112.

gebrauchs nicht das Richtige trifft, glauben wir mit dem Hinweis auf eine schon früher erörterte Gelegenheit erledigen zu können, wo wir bereits hervorheben mußten, daß das Publikum als eine unbegrenzte, jeder festen Organisation entbehrende Mehrheit nicht Subjekt eines Rechtes sein kann.[1])

Mayers Untersuchungen und Erwägungen führen ihn zu dem Ergebnis, daß es der Mitgliedschaft zu einem bestimmten Gemeinwesen gar nicht erst bedarf, um das Recht des Gemeingebrauchs auszuüben; er sieht es vielmehr als ein Recht an, das jeder Person als solcher ureigen ist, als ein Persönlichkeitsrecht, das als solches in dem allgemeinen Rechte der wirtschaftlichen und persönlichen Freiheit des einzelnen verschwindet und unterschiedslos jedem Menschen als solchem und damit auch Fremden zukommt.[2]) Allein aber der Umstand spricht nicht zu Mayers Gunsten, daß er gerade des Unterschiedes nicht achtet, daß der Staat seinen Mitgliedern den Gemeingebrauch an einer Sache mittels besonderen Rechtsaktes eröffnet, während die gleichzeitige Wahrnehmung des Rechtes durch die Fremden doch nichts anderes als eine Verstattung ist, und diesen daher auch ein Anspruch auf Schutz in der Ausübung schlechthin nicht zugebilligt werden kann. Gerade die Tatsache, daß der Gemeingebrauch auch von solchen

---

[1]) vgl. S. 62 Anm. 2.

[2]) Mayer S. 114 ff.

Personen ausgeübt wird, die in rechtlicher Beziehung mit der betreffenden öffentlichen Korporation keinen Zusammenhang haben, kann nicht zum Nachteile unseres Rechts Verwendung finden, denn die Zulassung der Fremden zur Benutzung der öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch findet ihren Grund und ihre weitere Bestimmung lediglich in deren Gleichbehandlung mit den Staatsangehörigen. Schon deshalb, weil ihnen kein Recht auf Aufenthalt im Staatsgebiet zusteht, haben auch die Fremden keinen Anspruch auf die Ausübung des Gemeingebrauchs. Aus diesem Grunde wird mit Rücksicht auf wirtschaftliche Interessen die Teilnahme am Gemeingebrauch im Verhältnis der fremden Staaten zueinander vielfach durch besondere völkerrechtliche Verträge den Angehörigen der verschiedenen Nationen erst ermöglicht, man denke an die Schiffahrt auf großen Strömen.[1]) Die Normierung des Gemeingebrauchs für Fremde ist also eine andere als diejenige, die für die Einheimischen besteht.[2]) Die Erlaubnis für die Fremden, in einem Staatsgebiet zu verweilen, dem sie nicht angehören, setzt sie in den Stand, an dem Gemeingebrauch in gleicher Weise teilzunehmen wie die Staatsangehörigen. Die Ausdehnung dieses Rechts führt weder noch zwingt also dazu, Zweifel daran aufkommen zu lassen, daß der Gemeingebrauch in den durch ein korporatives Ver-

[1]) Gierke, DPrivR. Bd. 2 S. 25 Anm. 19; Regelsberger S. 419.

[2]) Rosenfeld S. 23.

hältnis diktierten Beziehungen zwischen Einzel- und Verbandsperson notwendigerweise seinen Ursprung und Bestand finden muß. Eine derartige Ausdehnung wird sogar bei den öffentlichen Wegen der Gemeinden, bei denen auch nicht nur deren Mitglieder den Gemeingebrauch ausüben, sondern auch jeder andere, der in ihrem Gebiete sich aufhält, infolge der territorialen Bedeutung des Gemeindeverbandes geradezu unerläßlich;[1]) keinesfalls kann aber der Charakter unseres Rechtes dadurch ein anderer werden, der Gemeingebrauch bleibt ein Recht, das nur in engster Verknüpfung mit der öffentlichrechtlichen Korporation existieren kann. Er kommt daher jedem Staatsgenossen zu, wenn es sich um eine Sache im Gemeingebrauch schlechthin handelt, jedem Mitgliede einer Gemeinde oder einer anderen öffentlichen Körperschaft in anderen Fällen. Es ist ein Mitgliedschaftsrecht, das, da für uns hier nur öffentliche Körperschaften in Betracht kommen, nur dem öffentlichen Rechte angehören kann. Allein aus seiner öffentlichrechtlichen Natur heraus läßt es sich auch verstehen, daß der Gemeingebrauch jederzeit durch die Korporation wieder aufgehoben werden kann, er kann durch Nichtgebrauch nicht untergehen, so daß ein etwaiger Verzicht eines einzelnen Mitgliedes weder Sinn noch Wirkung hat. Seinem Inhalte nach betrachtet ist es kein dingliches Recht, ja überhaupt kein Vermögensrecht, sondern

---

[1]) Gierke, GenTh. S. 216 Anm. 3.

ein publizistisches Persönlichkeitsrecht, das den Gemeinden gegenüber durch den positiven Anspruch auf Gewährung des Mitgebrauches der öffentlichen Sache, anderen Personen gegenüber in dem negativen Anspruch auf Unterlassung aller diesen Mitgebrauch störenden Handlungen zum Ausdruck kommt.[1])

3. Das preuß. allgem. Landrecht.

Es sei noch in Kürze der juristischen Natur des Gemeingebrauchs im preuß. allgem. Landrecht gedacht. Allerdings ist die Literatur über diese Frage äußerst dürftig. Dernburg[2]) führt dazu an, der Gemeingebrauch ... gewähre eine durch das öffentliche Recht verbürgte Befugnis. Koch[3]) hält es nicht für angängig, den einzelnen ein Privatrecht auf die Benutzung eines öffentlichen Weges einzuräumen.

Das Landrecht selbst gibt keinen klaren Aufschluß über den Charakter des Gemeingebrauchs, es enthält nur folgende einzelne allgemeine Bestimmungen über ihn selbst: II, 15 § 7: „Der freie Gebrauch der Land- und Heerstraßen ist einem jeden zum Reisen und Fortschaffen seiner Sachen gestattet"; II, 15 § 44: „Der Gebrauch des Flußwassers aus öffentlichen Strömen, durch Schöpfen, Baden und Trinken ist einem jeden

---

[1]) Gierke, DPrivR. Bd. 2 S. 257.

[2]) Dernburg, PrPrivR. Bd. 1 S. 139.

[3]) Koch, Komm. z. ALR. Bd. 4 S. 939 Anm. 9.

unverwehrt“ und II, 15 § 47: „Die Schiffahrt auf solchen Flüssen ist unter den vom Staate festgesetzten Bedingungen einem jeden erlaubt“.

Das Bestreben des Landrechts geht dahin, die dem einzelnen eingeräumten Befugnisse möglichst umfassend und von Fall zu Fall zu regeln, und darum ist die Annahme nur zu begründet, daß die obigen Bestimmungen den Inhalt des Gemeingebrauchs nicht erschöpfen; es hat hier daher die Praxis eingreifen und mittels analoger Rechtsanwendung manchen Mangel beheben und manche Lücke ausfüllen müssen. Der Gesetzgeber hat, das ergibt sich aus dem Wortlaut der angeführten Paragraphen, einem jeden die Teilnahme am Gemeingebrauch erschlossen. Sicherlich hat er aber dabei in erster Linie diejenigen berücksichtigt wissen wollen, für die er seine Normen schuf: die eigenen Staatsangehörigen, denn den Fremden sollte der Genuß der Rechte der Einwohner nur so lange zukommen, als sie sich des Schutzes des Gesetzes nicht unwürdig zeigten; daraus erhellt, daß auch das Landrecht das Erfordernis der Staatsangehörigkeit für das Recht auf Gemeingebrauch in Anspruch nimmt. Gleichwohl würde der Schluß verfehlt sein, daß der Gemeingebrauch deswegen ein Privatrecht sei, weil er vom Landrecht, das eine Kodifikation des Zivilrechts enthält, erwähnt ist; das geht weiter auch schon daraus hervor, daß der Titel 13 des 2. Teils „von den Rechten und Pflichten des Staates“ handelt. In unserem Falle endlich kann von einer privatrechtlichen Befugnis

gar nicht die Rede sein, weil II, 15 § 2 ausdrücklich anordnet, daß ohne besondere Erlaubnis des Staates niemand eine Verfügung über öffentliche Wege treffen darf. Besonders hat dann aber noch die Praxis dem Erfordernis der Staatsangehörigkeit für den Anspruch auf Ausübung des Gemeingebrauchs in vielen Entscheidungen im weiten Maße Rechnung getragen. So hat das Obertribunal[1]) sich dahin geäußert, daß an eine privatrechtliche Befugnis auf Benutzung der Land- und Heerstraßen schon für die Staatseinwohner nicht zu denken sei, vollends aber nicht für die Fremden. An anderer Stelle (OTr. Nr. 1871) hat derselbe Gerichtshof betont, daß die Nutzungen öffentlicher Wege der Gemeinden für den Genuß aller „Mitglieder" bestimmt seien. Dieser Auffassung ist auch das Reichsgericht[2]) beigetreten, wenn es ganz ausdrücklich einem Kläger in seiner Eigenschaft „als Gemeindemitglied" Rechte zuspricht, welche er an den im Eigentum der Gemeinden befindlichen Wegen hat. Ein weiteres letztes Argument, das gegen die Annahme eines privatrechtlichen Charakters des Gemeingebrauchs spricht, entnehmen wir schließlich noch der Deklaration v. 26. 7. 1847; dort ist im § 1 Abs. 2 ausdrücklich bestimmt, daß die Nutzungen des Gemeindeglieder- oder Bürgervermögens, zu dem die öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch zu rechnen sind,

---

[1]) Bd. 20 S. 401.

[2]) RG. in GruchotsBeitr. Bd. 24 S. 508 f.

den einzelnen eben auf Grund ihrer Eigenschaft als Gemeindeglieder oder Einwohner gebühren sollen. In der Theorie und Praxis ist also allgemein der Gemeingebrauch als eine Befugnis mit öffentlichrechtlichem Charakter gekennzeichnet worden, und die Praxis hat weiter für das Recht ausnahmslos die Zugehörigkeit der Gebrauchsberechtigten zur öffentlichen Korporation als unerläßliches Erfordernis aufgestellt.

4. Das Bürgerliche Gesetzbuch.

Es bleibt endlich noch zu prüfen, welchen Einfluß das Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das rechtliche Schicksal des Gemeingebrauchs ausgeübt hat. Auch im Bürgerlichen Gesetzbuche findet sich nirgends dafür ein Anhalt, der einen etwaigen Schluß auf das Bestehen eines subjektiven Privatrechts auf Gemeingebrauch zuließe oder irgendwie rechtfertigen könnte. Ein Recht der Persönlichkeit kann es nicht gut sein, denn das Bürgerliche Gesetzbuch hat wohl als ein solches Recht in § 12 das Recht auf den Namen aufgenommen, ist aber sonst der Annahme solcher Rechte gänzlich abgeneigt. Und wollte man es, wie Oertmann, etwa als ein aus der Persönlichkeit fließendes, aber doch eigenartiges Recht[1]) ansehen, so wäre damit auch nichts gewonnen, da dem Gesetz ein solches Recht völlig fremd ist und es daher mangels

[1]) Oertmann, Bayr. LPrivR. § 93 S. 392.

jeder gesetzlichen Basis einfach in der Luft schweben würde. Ebenso verfehlt wäre aber auch der Gedanke, daß ein Sachenrecht in Frage kommen könnte, denn es haben im Bürgerlichen Gesetzbuche sämtliche Sachenrechte, allerdings mit Ausnahme derer, die auch nach seinem Inkrafttreten noch der Regelung durch die partikulare Landesgesetzgebung überlassen worden sind, Aufnahme gefunden, dabei ist des Rechtes auf Gemeingebrauch aber nirgends, auch nicht einmal andeutungsweise, Erwähnung getan. Und wenn es vielleicht seinem Inhalte nach wohl an eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit im Sinne des § 1090 BGB. erinnern könnte, so läßt es sich dennoch nicht als eine solche bezeichnen, denn zu deren Entstehung bedarf es erst der Vornahme einer besonderen Rechtshandlung, während dagegen das Recht auf Gemeingebrauch unmittelbar kraft Gesetzes besteht. Schließlich läßt sich das Recht auf Gemeingebrauch auch nicht als ein durch Privatrechtsnormen bestimmtes Mitgliedschaftsrecht bezeichnen, denn die Mitgliedschaft einer öffentlichrechtlichen Korporation läßt sich von dem öffentlichen Recht nicht trennen, infolgedessen ist dieses Mitgliedschaftsrecht immer nur als ein öffentliches denkbar. Geradesowenig aber, wie man davon sprechen kann, daß im Bürgerlichen Gesetzbuche ein subjektives Privatrecht auf Ehre Anerkennung findet, wie die ausdrückliche Aufnahme der §§ 824, 825 BGB. beweist, wird man auch behaupten können, daß es ein subjektives Recht auf Gemeingebrauch anerkennt.

Auch die herrschende Meinung ist von der Annahme, daß es ein Privatrecht auf Gemeingebrauch an öffentlichen Sachen gibt, weit entfernt. So haben die Motive zum 1. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs dieser Auffassung Ausdruck gegeben.[1]) Endemann[2]) geht von dem Gedanken aus, daß der Gemeingebrauch ein Genußrecht, und zwar ein individuelles Recht eines jeden Interessenten ist; er hebt dann aber weiter hervor, daß, nachdem nun einmal der Rechtszustand durch das Bürgerliche Gesetzbuch ein anderer geworden sei, bis jetzt noch die erforderliche zwingende Rechtsüberzeugung für die Anerkennung eines nach Grundsätzen des Gewohnheitsrechts herausgebildeten, selbständigen allgemeinen positiven Schutzrechts zu vermissen sei. Crome[3]) ist der Ansicht, daß jeder die öffentliche Sache ihrer Bestimmung entsprechend benutzen darf; dabei will er aber, wie er noch besonders betont, nicht den mindesten Zweifel daran aufkommen lassen, daß diese Benutzungsbefugnis mit einem Privatrecht jedenfalls nichts gemein hat. In Enneccerus[4]) Auffassung erscheint der Gemeingebrauch als ein Recht, das der einzelne lediglich vermöge seiner öffentlichen Rechtsstellung erwerben und zur Geltung bringen kann. Kipps Meinung[5]) geht

[1]) Bd. 2 S. 765; Mot. z. EG. S. 197.

[2]) Lehrb. 8./9. Aufl. Bd. 2 § 5 S. 23.

[3]) System Bd. 1 § 67 Anm. 6 S. 303.

[4]) Lebrb. 3. Aufl. Bd. 1 § 123 Anm. 14 S. 312.

[5]) Kipp bei Windscheid Bd. 1 § 147 S. 639, Bd. 2 § 467 S. 979.

dahin, daß mit Ausnahme des Wasserrechts ein besonderer privatrechtlicher Schutz des Gemeingebrauchs im heutigen Recht im Gegensatz zum gemeinen Recht nicht mehr anerkannt werden kann. Nur soweit die allgemeinen Vorschriften über unerlaubte Handlungen Platz greifen, soll auch der Gemeingebrauch hierdurch Schutz finden. In diesem Sinne hat sich auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung v. 2. 2. 1903 ausgesprochen.[1]) Es führt daselbst aus, daß die gemeinrechtlichen Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs durch das Intrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs ihre Geltung verloren haben und unter seiner Herrschaft nicht mehr zur Anwendung kommen können. Nach der Ansicht des Reichsgerichts handelt es sich bei ihnen auch nicht um persönliche Klagen, sondern um „dingliche Klagen im weiteren Sinne". „Soweit nun" — heißt es in dem Erkenntnis weiter — „das ihnen zugrunde liegende Recht des Gemeingebrauchs als Privatrecht seit dem 1. 1. 1900 abgeschafft ist, fallen auch sie ganz weg." Damit hat auch das Reichsgericht seinen Standpunkt klar gekennzeichnet und die Annahme eines Privatrechts beim Gemeingebrauch ein für allemal abgelehnt.

[1]) RG. Bd. 53 S. 384.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.